

الوسيط في شرح القانون المكي

الجزء الرابع

العقود التي تقع على الملكية

البيع

والمقايضة

ولر

أعيان التراب العربي

مجموع - دمشق

الْفَيْسِيَّةُ
فِي تَفْهِيمِ التَّائِيْدِ الْمَلَكِي
(٤١)

العقود التي تقع على الملكية
المجلد الأول

البَيْع
والمقايضة

تأليف

عبد العزيز بن محمد السني

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومه من معهد الفاسر الدول بجامعة باريس

دار

الحياة (الفرانس) العربي

مطبعة - بيروت

تمهيد

العقود المسماة

وتقسيماتها المختلفة

•••

(١)

المقود المسماة

١ - المقصود بالمقود المسماة : بعد أن فرغنا من عرض نظرية الالتزام بوجه عام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، نتعرض الآن للأجزاء الثلاثة التالية إلى تطبيق أحكام هذه النظرية وقواعدها المجردة تطبيقاً مفصلاً على عقود معينة بالذات أطلقت عليها أسماء معروفة . وقد عني المشرع بهذه المقود عناية كبيرة ، فخصص لها الكتاب الثاني من القسم الأول من التقنين المنبثق تحت عنوان « العقود المسماة » ، فأعقب هذا الكتاب الثاني الكتاب الأول الذي خصصه المشرع لنظرية الالتزام بوجه عام .

والمقصود بالمقود المسماة عقود كثيرة التداول في الحياة العملية ، حتى عرفت بأسمائها الخاصة ، وذلك نحو البيع والهبة والشركة والإيجار والمقاولة والوكالة ، وقد نظمها المشرع تنظيماً مفصلاً لما لها من أهمية بالغة في ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي .

وقد كان التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني يقوم على أساس آخر غير الأساس الذي يقوم عليه هذا التمييز في القانون الحديث .

٤ - التمييز بين العقود المسماة والمفردة غير المسماة في القانون الروماني

روماني : بدأت السرد في القانون الروماني تكون شكلية ، تمحورها أوضاع معينة . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت ، إذ دعت الحاجة إلى كثرة التبادل ووجوب السرعة في المعاملات . واقرن ذلك بتقدم في التفكير القانوني ، فظهر إلى جانب العقود الشكلية (١) العقود العينية (الفرض والعارية والوديعة والرهن) ، والعقود الرضائية (البيع والإيجار والشركة والوكالة) ، والعقود غير المسماة . والعقود غير المسماة عقود اعترف بها القانون الروماني تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهي عقود لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، فإذا فعل تكون العقد ، ونشأ بموجبه التزام في جانب الطرف الآخر بأن يقوم هو أيضاً بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الأول (٢) .

وكان الرومان يقسمون هذه العقود أقساماً أربعة : (القسم الأول) عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني ، فيتولد في جانب الطرف الآخر التزام بفعل حق عيني كذلك (do ut des) ، من ذلك عقد المقايضة (premutatio) .

(١) والعقود الشكلية في القانون الروماني هي عقد الاستانة (nexum) يتم بالسيكة ويزان ، والعقد الكتابي (litteris) ، والعقد اللفظي (verbis , stipulatio) .

(٢) انظر في منشأ هذه العقود جيرار ص ٩٨ وما بعدها . ولم تكن هذه الاتفاقات في الأصل عقوداً ، فكان إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه الآخر لم يجز له أن يطالبه بتنفيذ ما عليه ، إذ لم يوجد عقد ينشأ هذا الالتزام . ولم يكن أمام الطرف الأول إلا أن يلجأ إلى دعوى الإلزام بلا سبب إذا توافرت شروطها ، فيسترد بها ما يكون قد أداه ولم يستوف مقابله . ثم إن لابيون (Labéon) - الفقيه الروماني المعروف أدخل في القانون دعوى (praescriptio verbis) أعطاهم للدائن إذا كان العقد يدور بين جملة من العقود المعترف بها . وانتقلت هذه الدعوى من منطقة العقود المعترف بها إلى منطقة الاتفاقات . فكانت تغطي في بعض اتفاقات يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الآخر ، فيستطيع بموجب هذه الدعوى أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه . فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد ، ولا يقتصر على استرداد ما وفاه بدعوى الإلزام بلا سبب . حل أن تسمى هذه الدعوى في جميع الاتفاقات التي يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما عليه لم يأت إلا متأخراً في عهد جستنيان ، كما كانت ذلك من الأبحاث الأخيرة في القانون الروماني (أنظر نظرية العقد لثولف ص ٢٠ عامش رقم ٢) .

(والقسم الثاني) ، عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني ، فيلتزم الطرف الآخر بالقيام بعمل (do ut facias) ، مثل ذلك الحبة بعوض (sub modo) .
 (والقسم الثالث) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر أن يقوم بعمل كذلك (facio ut facias) . مثل ذلك أن يسلم شخص شيئاً لآخر فيلتزم الآخر برده عند أول طلب (convention de précaire) . (والقسم الرابع) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عند الحسبة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها أن يرد الثمن المتفق عليه وإلا رد البضاعة إلى صاحبها . ومن هذا نرى أن عقد المحاسبة يكون تارة عملاً في مقابل نقل حق عيني (facio ut des) وطوراً عملاً في مقابل عمل (facio ut facias) ، وهو أول عقد طبق فيه الرومان دعوى العقود غير المسماة (præscriptio verbis) ، لما رأوه عقداً يدور بين البيع والعمل والوكالة (١) .

ونرى مما تقدم أن تسمية هذه العقود في القانون الروماني بالعقود غير المسماة تسمية غير دقيقة ، فإن أغلب هذه العقود كان معروفاً بالإسم . ولكنها دبت كذلك لأنها لا تدخل في نوع من أنواع العقود المسماة التي اعترف بها القانون الروماني : العقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية والعقود الشرعية والعقود البريطورية . ونرى أيضاً أن التمييز بين العقد المسمى والعقد غير المسمى كان ذات أهمية كبيرة في القانون الروماني ، لأن العقد غير المسمى - خلافاً للمسمى - كان لا يتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، ولا يوجد العقد قبل ذلك . فهي عقود قريبة من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم (٢) .

٣ - التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون

المحمية : أما في القانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، فكلاهما يتم بمجرد تراضي المتعاقدين إلا في العقود الشكلية

(١) بيجار من ١٠٦ .

(٢) أنظر في أصل ذلك نظرية للعقد لمؤلف نظرية ١٢١ .

وما بقي من العقود العينية . وإذا كان بمنس العقد يطلق عليه اسم العقود المسماة ،
فليس ذلك كما قدمنا إلا لأنها عقود نظمها المشرع تنظيمًا خاصاً ، نظراً لكثرة
تأثيرها في العمل إلى حد أن أصبحت قواعد راسية مستقرة .

وسرى ما هي العقود المسماة التي نظمها التقنين المدني الجديد . ونبادر هنا
إلى القول بأن قائمة العقود المسماة تتطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألوه الناس
في التعامل . فالعقود المسماة في هذا العصر قد تزيد أو تنقص عن العقود المسماة
في عصر سابق أو عصر لاحق ، إذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة . ونلمح
التطور عندما نلاحظ أن هناك عقوداً أخذ شأنها يتعاظم في مجالات العمل ،
وكنها لم تصل بعد إلى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل ، وتتفاوت التقنيات
المختلفة فيما تتناوله بالتنظيم من هذه العقود . فقد كان التقنين المدني السابق لا ينظم
عقود المقامرة والرهن والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، وقا نظم
هذا كله التقنين المدني الجديد (١) . ولم ينظم التقنين المدني الجديد عقود النشر (٢)
والنزول في الفندق والنقل والأعمال العامة والتوريد ، مع أن هذه عقود تزايد
سببها كل يوم ، وقد نظمت التقنيات الأجنبية بعض هذه العقود (٣) .

أما العقد غير المسماة - وهي التي يتولى المشرع تنظيمها - فإنها تخضع
لأحكامها للقواعد العامة في نظرية العقد ، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة .
وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد (م ١٢٧) يشتمل على نص
هذا المعنى يجرى على الوجه الآتي : ١ - تسرى على العقود ، المسماة منها
وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ - أما القواعد
التي يفرد بها بعض العقود المدنية فتقرر بها الأحكام الواردة في الفصل المعقود
هذا ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية . وقد حذفت
لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه (٤) .

(١) وأعفل في الوقت ذاته تنظيم عقد الفاروق الذي كان التقنين المدني السابق ينظمه ، بمد
أن ألغى نظام الأراضي الخراب - النظام الذي كان عقد الفاروق يقوم عليه .

(٢) وإن كان المشرع المصري قد تناول في القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخاص بحماية
المر - بمس المسائل الذي ينظمها عقد النشر .

(٣) مثل ذلك تقنين الالتزامات السويسري فقد نظم عقد النشر .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١ .

، مثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه ، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التي يحدتها هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وافق في عمره (١) . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثاني شيئاً على أن يعطى الأول لثاني بعد البيع مبلغاً معيناً ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه (٢) . وعقد أحاسبه الذي أشرنا إلى وجوده في القانون الروماني هو أيضاً عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين (٣) .

وتكليف العقد ، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى ، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة . ولا عبرة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سماياه ، فقد يكونان محظنين في التكليف ، وقد يتعمدان أن يخفيا العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر

(١) ويعرف هذا العقد في القانون الفرنسي بعقد الكشف عن الإرث (contrat de révélation de succession) : بودرى وبارد ١ فترة ٢٠ ص ١٩ .

(٢) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فترة ٧٧ .
(٣) ديموج ٢ فترة ٩١٧ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملاً على التنازلات متبادلة بين طرفيه ، إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (مثل مديونية المتنازل) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع . كما أنه ليس ببيع ولا معاوضة . وإنما هو عقد غير مسمى ، ولا تجب له الرسمية . ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وارد في الاتفاق من ألفاظ التنازل والهمة والتبرع ، فإن ذكر هذه الألفاظ إنما سيفت ليان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تمليك الخيرية إياها ، فهى لا تؤثر فعلاً على كيان العقد وحقيقته (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

وقد أورد الأستاذ والتون (جزء أول ص ٨٠ - ص ٨١) أمثلة على عقود غير مسماة منها :
(١) اتفقت إدارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عدداً من الأسرة تستخدم لأغراض التعليم الطبي ، ولم يحدد أحد لذلك . فنصت المحاكم الفرنسية بأن العقد ليس إيجاراً ولا بيعاً ولا عقداً مقرراً لحق ارتفاق ، وإنما هو عقد غير مسمى (دويه الاستثنائية ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ١٧٣) . (٢) اتفق تاجر مع مصرف على أن يقدم المصرف للتاجر معلومات عن الحالة المالية للتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ، ولا هو إيجار عمل لأنه لم يتفق فيه على أجر ، فهو عقد غير مسمى (نظرية العقد لمؤلف ص ١٢٣ هاشم رقم ٤) .

كما في الوصية بخفضها الموصى تحت سنار البيع (١) .

(١) والتكليف بسبقه تفسير إرادة المتعاقدين ، والتفسير مسألة واقع . فإذا استخلصنا من الموضوع إرادة المتعاقدين ، أزل عليها حكم القانون لتكليف العقد والكشف عن ماهيته . والتكليف مسألة قانون لا مسألة واقع ، فهي تخضع لرقابة محكمة التعقيب . ولا تنفيذ المحكمة بتكليف المتعاقدين للعقد ، بل تصحح هذا التكليف من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكليف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائياً ولا تطلب عليها إثبات . وإذا نجد المتعاقدان أن يكيفا العقد تكييفاً غير صحيح ، فإن التكليف غير الصحيح في ذاته الحالة يلتزم بالصورية ونفرد بينهما - كما ذكر الأستاذ اسماعيل غانم في مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - أن الصورية تنطوي على تصرف ظاهر يخفى وضماً حقيقياً ، والأصل الأخذ بالتصرف الظاهر إلا إذا أثبت صاحب المصلحة لرفع الحقيق ، فعل هذا إذن يقع عبء الإثبات . أما التكليف غير الصحيح فلا ينطوي إلا على تصرف واحد كونه المتعاقدان تكييفاً خاطئاً ، وعلى المحكمة تصحيح هذا التكليف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقى عبء الإثبات على أحد المتعاقدين ، بل دون حاجة إلى طلب الإثبات من أحد .

وقد يمتد المتعاقدان أن يكيفا التصرف تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون ، الشيء يصحح هذا التكليف ويرد على المتعاقدين قصدهما . وإذا لم يثبت التحايل على القانون لا يقتضى حتماً مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - ص ١٠) إلى أن التحايل على القانون لا يقتضى حتماً يكون تكليف العقد تكييفاً غير صحيح ، فقد يكلف المتعاقدان العقد تكييفاً صحيحاً وهما مع ذلك يريدان التحايل على القانون . فإذا أراد شخص أن يعطى آخر أكل من ثلث تركته بعد موته مع وجود ورثته له ، فهو إذا عمد إلى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض إذا تجاوز الوصية ثلث من ثلث التركة . فبعد إلى الهبة أو البيع ، ويتجرد عن الملك في الحال ، ولكنه يستبقى لنفسه فوائد هذا الملك عن طريق اشتراط حق المنفعة لنفسه طول حياته . ولا يقال إن التصرف أراد الوصية وكيفاً بأنها هبة ، بل هو أراد الهبة حقاً وتجرد عن ملكه الوصية في الحال مستقبلياً لنفسه حق الانتفاع . فالتكليف هنا تكييف صحيح ، ولكن التصرف قصده التحايل على القانون . فيبطل التصرف على تكييفه الصحيح هبة لا وصية ، ولكن يرد على المتصرف قصده فلا ينفذ التصرف إلا من ثلث التركة . ومن ثم يعمل المتصرف حكم الهبة من حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك إعمالاً للتكليف الحقيقي ، ويعمل له حكم الوصية من حيث عدم نفاذه إلا في ثلث التركة وذلك حتى يرد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون .

ولا يبرى القضاء في مصر على هذا الرأي . فهو إذ ثبت من أن المتصرف أراد التجرد عن ملكه الترتيب في الحال واصفاً التصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بتنفيذ التصرف ولو زاد على ثلث التركة . ولا ينقص التصرف إلى ثلث التركة إلا إذا كشف أن التكليف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية - أي عدم التجرد عن الملك إلا بعد الموت - وكيفها هبة أو بيع . هذا وانصت في أن التكليف يفترض العلم ابتداء بمعاية النفوذ الحقيقية ، ثم تفسير إرادة المتعاقدين لمعنة مضمونها وبالقابلة بين ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين والماتمة القانونية لكل عقد من هذه

على أن العقد - سمي أو غير مسمى - قد يكون بسيطاً ، إذا لم يكن مزيجاً من عقود متنوعة ، كالبيع والإيجار . فإذا اشتمل على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً ، سمي عقداً مختلطاً (mixte, complexe) ، كما في العقد بين صاحب الفندق والسائل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المقعد ، وعمل بالنسبة إلى وسائل التسلية التي تعرض على المسرح . ومن الأمثلة على العقود المختلطة : (١) عدة عقود تمتاز في عقد واحد ، وذلك كمدير شركة يتولى إدارتها ويكون وكيلاً عنها ، فيمتزج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، كمعقد نقل بحري يعتبره عقد نقل برى أو إيجار بفترن بوعده بالبيع . (٢) إضافة شرط إلى العقد ليس من مقتضياته ، كما إذا التحق بعقد البيع شرط للتأجير أو الذحق بعقد النقل شرط للتخزين . (٣) الجمع بين عناصر متفوقة من عقود مختلفة ، كالعقد الذي يجمع بين الإيجار والبيع (location - vente) ، وكذلك وديعة في المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض (١).

ولست هناك أهمية كبيرة لمزج عدد من العقود وتسميتها جميعاً بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد إنما تطبق فيه أحكام العقود المختلفة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا توافرت الأحكام التي تطبق في كل عقد من العقود التي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي وتطبيق أحكام هذا العقد دون غيره . فعقد التليفون عقد يدور بين عقد العمل ، عقد الإيجار ، ولكن القضاء (١) غلب عنصر عقد العمل فرفض دعوى إعادة

=العقد يمكن وصف الرابطة التعاقدية أي تكييفها، إن الأستاذ منصور معطى مندور في البيع والمفاوضة والإيجار فقرة ٦ - وأنظر في مسألة تكييف العقود رسالة الدكتور أحمد زكي الشبيق بالفرنسية سنة ١٩٤٤ .

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ١٢٤ هامش رقم ١ .

(٢) مصر الكلية ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ انجلاء ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١ .

وضع البد التي راعها مشترك فئات عنه المواصلة (١).

٤ - الأغراض المختلفة التي بنوهاها المشرع في تنظيم العقود المسماة:

والعقود المسماة تخضع هي أيضاً للقواعد العامة في نظرية العقد كما تخضع العقود غير المسماة ، وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد كان يشتمل على نص في هذا المعنى (٢) . ولكن المشرع يعنى مع ذلك بتنظيمها وإيراد نصوص خاصة في شأنها ، توخياً لتحقيق أغراض مختلفة منها :

١ - لما كانت العقود المسماة هي من أكثر العقود شيوعاً في التعامل ، وقد اعان شيوعها على إرساء قواعدها واستقرار أحكامها ، فإن المشرع أراد بتنظيم العقد الرسمي أن يعهد الطريق للمتعاملين ، فلا يجدون مشقة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية ، إذ تنبه المشرع لأكثر ما يعرض لهذه العلاقات فتناولها بالتنظيم والتحديد ، ووضع أحكاماً نموذجية هي نتاج خبرة القرون الطويلة . ولم يكن المتعاقدان ليستطيعا التنبه لجميع هذه المسائل ، فتولاها المشرع عنهما . على أن سرع في تنظيمه للعقد المسمى لا يصادر مبدأ سلطان الإرادة ولا حرية المتعاقدين في تنظيم تعاملهما على الوجه الذي يؤثرانه . فلو أنهما في بعض المسائل التي نظمها المشرع يريدان حلاً لا أخرى غير تلك التي وضعت ، وكانت هذه المسائل ليست من النظام العام ، فإنهما يستطيعان أن ينسخا الحلون التي وضعها المشرع ، وليس عليهما في ذلك إلا أن يضعوا الحلول التي اختارها فتكون هي المعمول بها دون الحلول التي وضعها المشرع .

٢ - والمشرع عندما يطبق القواعد العامة على عقد مسمى بالذات ، كثيراً ما يجلى تطبيقات خفية لهذه القواعد ، تختلف فيها الأنظار . فيعرض لما فيه خفاء من هذه التطبيقات فيوضحه بنصوص حاسمة لا تدع مجالاً للاضطراب واللبلة . والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر منها ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية وتحمل تبعه الهلاك .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٣٠ .

(٢) هو نص المادة ١٢٧ من هذا المشروع : أنظر آنفاً فقرة ٣ .

٤ - على أن المشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لبررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه البررات تتصل بالنظام العام . فايراد نصوص على هذا التحريم إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . نذكر للتمثيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في العقود المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، وفي كثير من نصوص عقد العمل ، وفي الرجوع في الهبة ، وفي الغلط في الصلح ، وفي التزام المرافق العامة ، وفي تعديل الأجرة في عقد الوكالة ، وفي التأمين بما يشمل عليه من قواعد خاصة ، وغير ذلك كثير زاه منتشراً في نواح متفرقة من العقود المسماة .

٥ - وقد يعتمد المشرع أخيراً ، في تنظيم العقد المسمى ، إلى تحقيق غرض هام ، هو توجبه هذا العقد وتطوره بحيث يتمشى مع الاتجاهات المتحددة . فعلست في تحريم الرهن الذي يستتر تحت اسم بيع الوفاء ، وفي تحريم بيع الوفاء ذاته ، وفي تنظيم أحكام الأجهزة الحديثة في العين المؤجرة ، وفي تنظيم ما ألفته الناس من خلط عقد الإيجار بعقد البيع .

ويخلص مما تقدم أن تنظيم المشرع للعقد المسمى ييسر معرفة الأحكام التي تصرى على هذا العقد مرتبة بحسب الأولوية . ففي المرتبة الأولى يجب تطبيق النصوص الخاصة التي أوردتها المشرع في هذا العقد المسمى بالذات . فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه منها ، وجب تطبيق النصوص الواردة في النظرية العامة للعقد أي تطبيق القواعد العامة . ونطبق بعد ذلك المصادر غير التشريعية من عرف ونحوه . ويغلب أن تغطي النصوص الخاصة والقواعد العامة الجزء الأكبر من منطقة العقد الرسمي ، فلا يبقى بعد ذلك إلا حيز ضيق نطبق فيه المصادر غير التشريعية .

(٢)

التفسيرات المختلفة للعقود المسماة

٥ - محاورته ففرضه لحصر العقود المسماة وغير المسماة: ذهب بلانيول (١)

إلى أن العقود جميعها - مسماة وغير مسماة - يمكن حصرها في طوائف محدودة . ذلك أن محل الالتزام إما أن يكون شيئاً أو عملاً أو حقاً ، والملتزم بموجب عقد إما أن يأخذ مقابلًا لما أعطى وإما ألا يأخذ . فإذا كان المحل ملكية شيء ولم يأخذ الملتزم مقابلًا فالعقد هبة ، أما إذا أخذ مقابلًا فالعقد بيع أو مقايضة ، ويكون وفاء بمقابل إذا كان المقابل ديناً ، ويكون عقد شركة إذا كان المقابل حصة في شركة . أما إذا كان المحل هو مجرد الانتفاع بشيء ، ولم يأخذ الملتزم مقابلًا فالعقد عارية ، وإذا أخذ مقابلًا فالعقد إيجار أو قرض بفائدة ، وقد يكون المقابل ذاته . د انتفاع فيكون العقد مقايضة انتفاع بانتفاع كما كان مقايضة ملك بملك . إذا كان المحل عملاً ، وكان بغير مقابل فقد يكون العقد وكالة غير مأجورة أو ، دبعة غير مأجورة أو خدمة ما غير مأجورة . أما إذا كان بمقابل وهو الغالب فقد يكون العقد إيجار عمل أو عقد استصناع أو عقد شركة (والعمل حصة فيها) أو وكالة مأجورة أو ودبعة مأجورة . وقد يكون المقابل شيئاً آخر غير النقود ، كعامل يأخذ أجره طعاماً ومسكناً . بل قد يكون المقابل نفسه عملاً فيقوم شخص بعمل لآخر ، مثال أن يقوم الآخر بعمل له ، وهذه مقايضة عمل بعمل كقايضة انتفاع بانتفاع وملك بملك . وإذا كان المحل حقاً - عينياً أو شخصياً - جاز أن يكون بغير مقابل فيكون هبة ، كما جاز أن يكون بمقابل فيكون بيعاً أو مقايضة أو شركة أو وفاء بمقابل . هذا إذا كان محل العقد نقل الحق ، وقد يكون محله وعن الحق ضماناً لدين ، أو النزول عن الحق نزولاً كلياً أو جزئياً بمقابل أو بغير مقابل . ويرى بلانيول إمكان حصر العقود على هذا النحو مادامت العناصر المكونة لها محصورة بطبيعتها .

(١) أنظر مقاله المنشور في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ١٧٠ وما بعدها .

وإذا كان بلايول بما نقلناه عنه قد استطاع أن يثبت أنه يمكن وضع الأمر منطقي لتقسيم العقود ، فإن ذلك لا يدل على أنه يمكن حصر كل عقد بالذات وما يدخل في ذلك من تلفيق ومزج واختلاط مما تستحدثه ضروب النشاط في ميادين العمل (١) .

٦ - تقسيم العقود المسماة في التقنين المرفق السابق : وقد أورد التقنين المدني السابق العقود المسماة دون ترتيب منطقي ودون تنسيق ، فجاءت على الوجه الآتي البيع - المقايضة (في التقنين الوطني فقط) - الإيجار (إجارة الأشياء وعند المفاولة وعقد العمل) - الشركة - العارية شرعياً (الاستهلاك والاستعمال) - الإيرادات المرتبة - الوديعة - الكفالة - الوكالة - الصلح - الرهن - الفاروقة - الرهن العقاري

فتوالت العقود تنساق بعضها وراء بعض متنافرة ، في غير ترتيب ولا تنسيق ، حتى ليعجب الباحث كيف حشر هذا التقنين الكفالة بين الوديعة والوكالة ، وفصل بين رهن الحيازة والرهن الأخرى ، وأورد حوالة الحق في نصوص البيع ، وجمع ما بين عقود الإيجار والمفاولة والعمل في عقد واحد (٢) .

٧ - تقسيم العقود المسماة في مشروع المرفق الجديد : أما السنين المدني الجديد فقد رتب العقود المسماة ترتيباً منطقياً متسقاً راعى فيه المهمل الذي يقع عليه العقد . فهناك عقود تنصب على الملكية ، وعقود تقع على المنفعة ، وعقود ترد على العمل . ثم إن هناك عقوداً احتمالية ينضمها أنها تدور جميعاً على احتمال

(١) نظرية العقد للمؤلف لسنة ١٩٢٩

(٢) وقد تمت المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد لتقنين المدني الجديد هذا الاضطراب في البارات الآتية : إن التقنين المدني الحالي (السابق) وضع العقود المسماة بعضها إلى جانب بعض ، دون أن ينتظمها ترتيب يتشى فيه منطق سليم ، فشر الكفالة بين الوديعة والوكالة ، وجمع ما بين عقود الإيجار والاستئجار والعمل في باب واحد مع ما يوجه بين هذه العقود من تباين . وفصل ما بين رهن الحيازة والرهن الأخرى فصلاً ينطوي على كثير من التحكم إذ وضع رهن الحيازة بين العقود المسماة ونقل سائر الرهن إلى الكتاب الذي خصصه لحقوق الدائنين . (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٥) .

قد يتحقق وقد لا يتحقق . ويتبين التفتين الجديد بعقد الكفالة إذ هو - ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ، ويجب في الوقت ذاته أن يتفصل عن عقدى الضمان العيني وهما عقد الرهن الرسمي وعقد رهن الحيازة .

وقد نوهت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الترتيب المنطقي في العبارات الآتية : « أما المشروع فقد راعى في تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضع الذى يرد عليه العقد . فهناك عقود ترد على الملكية ، وهذه هي : البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح . وعقود ترد على المنفعة ، وهذه هي : الإيجار والعارية . وعقود ترد على عمل الإنسان ، وهذه هي : عقد المقاولة وعقد للعمل والوكالة والوديعة والحراسة . وعقود احتمالية ترد على مرضوع غير محقق ، وهذه هي : المقامرة والرهان وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين . وقد أفرد لعقد الكفالة الباب الأخير لأن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود المسماة بأنه عقد تأمين شخصي ، فوجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود من ناحية ، وفصلها عن التأمينات العينية من ناحية أخرى » (١) .

فنبعث العقود المسماة على هذا الترتيب في أجزاء ثلاثة من الوسيط .

العقود

التي ترد على الملكية

٨ - العقود التي ترد على الملكية هي موضوع هذا الجزء الرابع

من الوسيط : ونبدأ بالعقد المسماة التي ترد على الملكية - البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصنع - ونخصص لها هذا الجزء الرابع من الوسيط . ونبحث العقود المسماة الأخرى في الجزئين الخامس والسادس .

وننظم العقود الواردة على الملكية خصائص مشتركة ، ففيها جميعاً يلتزم أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر ، ويلتزم في الوقت ذاته بتسليم هذا الشيء وبضمان التعرض والاستحقاق والعبء الخفية . أما المتعاقد الآخر فيلتزم من جهته بدفع المقابل الذي تعهد في نظير الشيء الذي انتقلت ملكيته إليه إذا كان هناك مقابل .

ثم بفرد بعد ذلك كل عقد من هذه العقود بخصائصه الذاتية ، فلعقد الهبة خصائص يتميز بها عن عقدي البيع ، المقايضة ، ولكل من عقد الشركة وعقد القرض وعقد الصلح خصائص ذاتية يتميز بها عن العقود الأخرى . وسنرى ذلك تفصيلاً عند بحث كل عقد على حدة .

ولما كنا قد فصلنا القواعد العامة لنظرية الالتزام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، فلا نطيل القول ، في صدد التردد المسماة ، فيما هو مجرد تطبيق لهذه القواعد ، بل نقتصر على الإشارة إليها . أما للذي سنفه عنه في العقد المسمى ، فهو ما يتميز به هذا العقد بالذات من قواعد خاصة به تبرز ذاتيته وتبسط مقوماته وترسم سير تطوره ، ونستظهر ما في أحكامه من تطبيقات للقواعد العامة تنطوي على شيء من الخفاء ، وما في هذه الأحكام من خروج على القواعد العامة ذاتها . ونوجه عنايتنا خاصة للنواحي العملية في العقد المسمى ، على النحو الذي أبرزته ضرورات التعامل وكشف عنه ذلك فيما عرض له من خفايا .

ونبحث العقود الواردة على الملكية في أبواب متعاقبة على الترتيب الآتي :

الباب الأول : عقد البيع .

الباب الثاني : عقد المقايضة .

الباب الثالث : عقد الهبة .

الباب الرابع : عقد الشركة .

الباب الخامس : عقد القرض وعقد الدخول الدائم .

الباب السادس : عقد الصلح .

الكتاب الأول

عقد البيع

مقدمة^(*)

...

٩ - التعريف بالبيع - نصوص قانونية : أوردت المادة ٤١٨ من القانون المدني تعريفاً لعقد البيع على الوجه الآتي :

* مراجع في عقد البيع : لوران ٢٤ في البيع والمقايضة الطبعة الخامسة بروكسل ١٨٩٣ -
هيك ١٠ في البيع والإيجار باريس سنة ١٨٩٧ - جيواري في البيع والمقايضة الطبعة الثالثة -
باريس ١٩٠٢-١٩٠٤ - أوبري ورو وإسمان ٥ الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٧ - بودري
وسينيا الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٨ - بيدان وليربور بيجونير وبريت دي لاجريس
١١ باريس ١٩٣٨ - بلانيول وريير وهامل ١٠ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٤٦ - بلانيول
وريير وبولانجي ٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ - كولان وكابيتان ودي لامورانديير ٢
الطبعة العاشرة باريس سنة ١٩٤٨ - جوران ٢ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣٣ - أنسيكلوبيدي
دالوز ٥ باريس سنة ١٩٥٥ .

رسائل لرو (Eyraud) في البيع والإيجار باريس سنة ١٩٠٤ . ١ . ألبير (A. Albert)
في التمييز بين بيع المنقول وإيجار العقار أو المنقول وإتييه سنة ١٩٠٦ - ديزو (Defaye) في الوعد
بالبيع باريس سنة ١٩٠٧ - فواسان (Foissin) في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩١٤ -
ميريس (Murisse) في الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٢٥ - كورني (Cornille) في البيع وإيجار
الأشياء ليل سنة ١٩٢٦ - بوالار (Boillard) في الوعد بالبيع كرن سنة ١٩٢٩ - بريتيلاور
(Brétillard) في الوعد بالتفضيل باريس سنة ١٩٢٩ - دوتريش (Dautriche) باريس
سنة ١٩٣٠ - تيريون (Thirion) الإيجار مع الوعد بالبيع نانسي سنة ١٩٣٠ - بوايه (Boyer)
في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٣١ - ديلوميز (Delommez) في الوعد بالبيع ليل سنة ١٩٤٧ .
مؤلفات في القانون المصري والقوانين العربية : الأستاذ أنور سلطان سنة ١٩٥١ - الأستاذان
صليمان مرقس ومحمد علي عام سنة ١٩٥٢ وسنة ١٩٥٤ - الأستاذ محمد كامل عيسى سنة ١٩٤٣ -
الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي سنة ١٩٤٦ - الأستاذ جيل الشرقاوي سنة ١٩٥٦ - الأستاذ
عبد النعم الجبراوي ١٩٥٦ و ١٩٥٧ - الأستاذ منصور مسلمان منصور سنة ١٩٤٧ -
الأستاذ إسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة - ١٩٥٩) - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع
في القانون المدني المصري سنة ١٩٤٣ - الأستاذ حسن علي الزنون في البيع في القانون المدني
المصري سنة ١٩٥٤ - الأستاذ عباس حسن السراف في البيع والإيجار بغداد سنة ١٩٥٦ -
في القانون المدني المصري السابق : الأستاذ محمد حسن عيسى في شرح البيع سنة ١٩١٦ -
الأستاذ أحمد نجيب اللال وحامد زكي سنة ١٩٤٠ (وأخر سنة ١٩٤٠ في النسخة الحديثة) .
وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلة نود أن نذكر إلى الطبقات البرقة فيما تقدم .

« البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو > مالاً آخر في مقابل ثمن نقدي » (١).

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠٠/٢٣٥ (٢).

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٠٦ - ٥٠٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٢ (٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٦ من المشروع التمهيلي على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣١ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب والشيخ أدخلت تعديلات لفظية طفيفة أخرى فأصبح الطابق تاماً تحت رقم المادة ٤١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١٩٥٤ - ص ١٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠٠/٢٣٥ : البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل الثمن ذلك الآخر يدفع ثمنه المتفق عليه بينهما .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٦ (مطابقة لمادة ١٨ من التقنين المدني المصري . وانظر وتعليق على التعريف من وجهة نظر الفقه الإسلامي والتمييز بين حكم البيع وحقوقه الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٢٤ - فقرة ٢٧) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٧ (مطابقاً لمادة ١٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٠٦ : البيع مبادلة مال بمال .

م ٥٠٧ : البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع الدين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع الدين بالدين وهي المقايضة .

(ويلاحظ أن التقنين العراقي جرى في تعريف البيع على نهج الفقه الإسلامي ، فجعل البيع شاملاً للبيع المطلق والصرف والمقايضة . ولم ير حاجة للإشارة إلى السلم ، إذ لم يمد هناك مقتضى لإفراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشيء المستقبلي جائزاً بوجه عام ، لا بيع السلم فحسب ، فتحلل التقنين العراقي بذلك من قيود السلم المعروفة في الفقه الإسلامي : أنظر في هذا المعنى الأستاذ الدنون في البيع في القانون المدني العراقي فقرة ١٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٧٢ : البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ من ملكية شيء ، أو يلتزم فيه التارخي أن يدفع ثمنه .

(وتعريف التقنين اللبناني يقارب تعريف التقنين المصري السابق ، فهو لم يذكر في خصوص البيع إلا ملكية الشيء ، ولم يبين وجوب أن يكون الثمن نقداً) .

وبستخلص من هذا التعريف أن البيع عقد ملزم للجانبين ، اذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً (١) . وبستخلص منه أيضاً أن البيع عقد معاوضة ، فالبايع يأخذ الثمن مقابلاً للمبيع والمشتري يأخذ المبيع مقابلاً للثمن . وبستخلص منه كذلك أن البيع عقد رضائي ، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلاً خاصاً فهو بنقده بمجرد تراضي المتبايعين . وبستخلص منه أخيراً أن البيع عقد ناقل للملكية ، فهو يربط التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري كما هو صريح النص .

وإذا قبلنا هذا التعريف الذي أورده التقنين المدني الجديد بالتعريف الذي كان يشتمل عليه التقنين المدني السابق (٢) ، رأينا أن تعريف التقنين الجديد يمتاز في أمرين : (أولهما) أنه لا يقصر المبيع على ملكية الشيء ، بل يجاوز الملكية إلى غيرها من الحقوق المالية الأخرى . فيجوز أن يكون محلاً للبيع ، لاحق الملكية فحسب ، بل أيضاً حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، كما يجوز أن يكون محلاً للمبيع الحقوق الشخصية في صورة حوالة الحق ، وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية . (والأمر الثاني) أن التعريف يبين في وضوح أن الثمن لا بد أن يكون من النقود . وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف ،

(١) ومن ثم كان البيع بيعاً بالنسيئة إلى البائع ، وشراء بالنسيئة إلى المشتري . وكما الرومان يراعون هذا التركيب المزدوج ، فيسمون العقد « الشراء والبيع » (emptio-venditio) . فإذا اختصروهما فن لفظ الشراء (emptio) لا لفظ البيع (venditio) ، لأن الدور العال في الإجراءات الشكلية وفي الإشهاد في القانون الروماني كان للمشتري لا للبائع (دويز في عقد البيع في القانون الروماني : مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٩٢) . ولا يزال التقنين المدني الألماني يطلق على البيع اسم الشراء (Kauf) ، لعلية الدور الذي يقوم به المشتري (الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٢ ص ٥) . أما التسمية التالية في الشرائع اللاتينية وفي الفقه الإسلامي فهي البيع ، لأن أحد البديلين وهو المبيع يكون عيناً معينة بالذات إما وقت العقد أو عند التسليم ، وتنتسب ذاتيتها على الثمن الذي هو دين في الذمة . كذلك يبرز في خصوص المبيع المدين مثلاً ملكيته وهو البائع على الدائن بهذه الملكية وهو المشتري ، كما يبرز الالتزام على الحق الشحمر مانعنا على لفظ « الالتزام » .

(٢) أنظر نص المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدني السابق في احنية .

ومجيزه عن البيع في الفقه الإسلامى فى هذا الفقه بضح أن يكون الثمن من غير النقود فيتسع البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم (١).

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا المبدأ ما يأتى : « أخذ المشروع هذا التعريف عن التفتين المصرى الحال (السابق) وعن التفتين البولونى . ويمتاز عن تعريف التفتين المصرى بأمرين : (أولهما) أنه لا يقتصر البيع على نقل الملكية ، بل يجاوز ذلك إلى نقل أى حق مال آخر . فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، وقد يقع على حقوق شخصية كما فى حوالة الحق إذا كانت فى مقابل مبلغ من النقود . (الأمر الثانى) أنه يبين أن الثمن لا بد أن يكون من النقود . وهذا وصف جوهري فى الثمن يميز أن يذكر فى التعريف ، لأنه هو الذى يميز بين البيع والمقايضة . وهذا غير الشريعة الإسلامية ، فقها أن البيع متبادلة مال بمال ، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف . ولا يوجد فى النصوص المقابلة تعريف لتفتين أجنبى جمع بين هذين الأمرين . فن التفتينات ما يتفلهما جميعاً ، كما فعل التفتين المصرى السابق ، ومثله الفرنسى (م ١٥٨٢) ، والإيطالى (م ١٤٤٧) ، والهولندى (م ١٤٩٣) ، والبنانى (م ٣٧٢) ، والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٢٢) والسويسى (م ١٨١) ، والسوفييتى (م ١٨٠) ، واليابانى (م ٥٥٥) . ومنها ما يقتصر على ذكر أن المبيع قد يكون حقاً مالياً آخر غير الملكية وينقل أن الثمن يجب أن يكون نقداً ، كما فعل التفتين الفرنسى (م ٥٦٤) ، والتفتين المراكشى (م ٤٧٨) ، والتفتين الألمانى (م ٤٣٣) ، والتفتين البولونى (م ٢٩٤) ، والتفتين الصينى (م ٢٤٥) . ومنها ما يعكس الأمر ، فيقتصر على ذكر أن الثمن يجب أن يكون نقداً وينقل النص على جواز بيع الحقوق المالية الأخرى غير الملكية ، كما فعل التفتين الأسبانى (م ١٤٤٥) ، والتفتين البرتغالى (م ١٥٤٤) ، والتفتين الأرجنتينى (م ١٣٥٧) ، وتفتين كويك (م ١٤٧٢) ، والتفتين النمساوى (م ١٠٥٣) ، والتفتين البرازيل (م ١١٢٢) « مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٤ - ص ١٦ » .

وبأنه الأستاذ سليمان مرقس (عقد البيع فقرة ١٢ ص ٢٢) على تعريف التفتين الذى الجديد أنه لا يفسر « عن أهم أثر يترتب على البيع فى القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد » . ولكن يلاحظ أن انتقال الملكية ليس أثراً لعقد البيع ، بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشأ عن البيع . وقد نصت المادة ٢٠٤ مدنى - كما لاحظ الأستاذ سليمان مرقس - على أن « الالتزام بنقل الملكية أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالتواعد المتعلقة بالتسجيل » . ولا شك فى أن جعل الالتزام بنقل الملكية عو الذى ينقلها من تلقاء نفسه أدق من إسناد هذا الأثر إلى عقد البيع ، وبخاصة إذا أحيط هذا الأثر بقيوده فلا تنتقل الملكية إلا إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم دون إخلال بقواعد التسجيل . وهذه كلها قيود لا ترد على عقد البيع ذاته ، فلو لم يكن محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم فإن العقد يبقو بهياً ، وهو مع ذلك لا ينقل الملكية وإنما ينشئ التزاماً بنقلها . وكذلك البيع غير المسجل يبقو

١٠ - البيع ونقل الملكية : ولعل أهم تطور في تاريخ البيع هو تطوره ليكون عقداً ناقلاً للملكية ، وصنابع مراحل هذا التطور عند الكلام في التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (١). ونقتصر هنا على القول إن البيع لم يكن في القديم عقداً ناقلاً للملكية . فقد كان البيع في القانون الروماني لا يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، بل التزاماً بنقل حيازة المبيع إلى المشتري ، إلا إذا اشترط المشتري على البائع أن ينقل له الملكية . وكذلك كان الحكم في القانون الفرنسي للقديم ، فكانت الملكية لا تنتقل فيه إلا بالقبض . ولكن مراحل طويلة من التطور في هذا القانون انتهت إلى أن يكون القبض أمراً صورياً ، وكان يكفي أن يذكر في عقد البيع أن القبض قد تم (clause de dessaisine saisine) حتى تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري .

وقطع التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ آخر مرحلة من مراحل التطور ، فجعل البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ رتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري . ومن ذلك الحين أصبح البيع ناقلاً للملكية في التقنينات الحديثة ، ومنها التقنين المصري السابق والتقنين المصري الجديد ، وإن كان الفقه الإسلامي قد تعجل هذا التطور وجعل البيع ناقلاً للملكية قبل ذلك بدهور طويلة ، وسنرى ذلك عند تفصيل القول في هذا التطور فيما يلي (٢).

١١ - خصائص عقد البيع - استنباهه بمفهوم آخرى : وقد رأينا فيما تقدم أن أهم خصائص عقد البيع هو نقله للملكية حتى في مقابل عوض نقدي ،

— يما ، مع أنه لا ينتقل الملكية إلا بالتسجيل . وهذا ما جعل الأستاذ سليمان مرقس يستخرج فيقول : « ولعل ما حدا للشرح إلى ذلك ملاحظته أن بعض البيوع لا يرتب عليها هذا الأثر ووجهته في وضع تعريف شامل لجميع أنواع البيع » .

وقد تولى الأستاذ منصور مصطفي منصور (البيع والمقايضة والإيجار) فقرة ٩ ص ١٤ - (ص ١٦) الرد بتفصيل على اعتراض الأستاذ سليمان مرقس . قارن الأستاذ عبد المنعم الجبري (فقرة ٢٣ ص ٢٦) والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي (فقرة ١٢ ص ١٤ - ص ١٦) والأستاذ جميل النمرقاني (فقرة ٧) والأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي (فقرة ٧) .

(١) أنظر فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٣٢ فيما يلي .

(٢) أنظر فقرة ٢٣١ فيما يلي .

فهو إذن عقد معارضة. ناقل للملكية والثن فيه نقد (١). وهذه الخصائص وحدها تكون عادة كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من العقود. فكونه معارضة يميزه عن عقد الهبة مثلاً، الذي هو أيضاً ناقل للملكية ولكنه ليس معارضة بل تبرعاً. وكونه ناقلاً للملكية يميزه عن عقد الإيجار مثلاً، الذي لا ينقل إلا أجر ملكية العين المؤجرة بل يقتصر على أن يربط له حتماً شخصياً في ذمة المأجر للانتفاع بالعين. وكون المقابل في عقد البيع هو مبلغ من النقود يميز هذا العقد عن عقد المقايضة مثلاً، والمقابل في المقايضة ليس مبلغاً من النقود. ومع ذلك قد يلتبس عقد البيع بهذه العقود ذاتها أو بعقود أخرى، فيدق تمييزه عنها. ونضرب لذلك الأمثلة الآتية :

١ - قد يدق التمييز بين البيع والهبة إذا كانت الهبة مقابل عوض هو مبلغ من النقود. فقد يكون هذا المبلغ كبيراً إلى حد يقرب من قيمة الشيء الموهوب، وعند ذلك يصح التساؤل هل العقد هبة بعوض أو هو بيع سمي الثمن فيه عوضاً (٢). والعبرة في التمييز بين فرض وآخر بنية التبرع، فإذا كانت موجودة في جانب العاقد الذي أعطى الشيء كان العقد هبة مهما بلغ مقدار العوض، وإلا فالعقد بيع (٣). ووجود نية التبرع مسألة واقع، يقدرها قاضي الموضوع

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نقل الملكية في مقابل ثمن معين يكون بيعاً، ولو لم يذكر لفظ البيع (١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢).

(٢) وهناك فروق واضحة بين أحكام البيع وأحكام الهبة من وجهة مختلفة : من ناحية الشكل، ومن ناحية الأحكام الموضوعية وبخاصة من ناحية الدعوى البوليصة وصدور التصرف في مرض الموت وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية والغلط في الشخص وغير ذلك من المسائل التي تعرف في مواضعها.

(٣) وقد يتخذ البيع متاراً للهبة، فيذكر فيه عرض على أنه ثمن، ثم يجب البيان أن الثمن المشتري. مثل هذا العقد لا شك في طبيعته فهو هبة، بل هبة مكتشفة. وتسرى عليه أحكام الهبة، لا من حيث الموضوع فحسب بل أيضاً من حيث الشكل. فإذا أفتقن الواهب ستر الهبة ولم يذكر أنه وهب الثمن المشتري بل ذكر أنه قبضه، فالعقدية مستورة، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع، ولا تسرى عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تشترط فيه الرسمية.

بل إن الوصية - وهي تصرف من جانب واحد لا عقد، وتبرع كالهبة لا معارضة كالبيع - تلتبس كثيراً بالبيع وتندس سراً لها. وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد :
« وكثيراً ما تشتر الوصية تحت اسم آخر كالبيع، فنل محكمة الموضوع أن تثبت إرادة المتصرف »

= وأن تكيف هذه الإرادة التكيف القانون الصحيح خاصة في ذلك لرقابة محكمة التفسير . . .
 ونية المتصرف تقوم عليها علامات كثيرة ، كاستمرار وضع يد البائع على العين واستمراره إلى حين وفاته ، وكفقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد ، وكعدم تسجيل العقد ، وكاستمرار قيام البائع بذبح الأموال الأميرية أو الموائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته . . .
 وتضمن القانون الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ ، وتنص بأنه : « إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبمحض في الانساع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسمى عليه أحكام الوصية ، عالم يتم دليل يخالف ذلك . » ويبرر ذلك القانون الجديد وسيله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع والجهة ، مما يؤدي في الغالب إلى تقييد التصرف ، أن يثبت القضاء على التساهل في تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان انقضاء رجوع جانب البيع لوجهه على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضييق من الإيصاء لوارث ، فكانت القضاء بمالجه هذا التساهل ميباً في القانون ، ليصح وصايا لها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها يبيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصري من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيما يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، ثم يمد هناك مقتضى لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة لوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة . . . ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أنشأها القانون الجديد — وهي احتفاظ المورث بالحيازة وبمحض في الانتفاع مدى حياته — هي الشيء الثالث في هذه المسألة .
 وهي قرينة قابلة للإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا المعنى ، كسجل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشتري قاصر وأن البائع باشر الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تعارض أن التصرف وصية . (الوسيط ١ ص ٥٩٦ — ص ٥٩٩ في الهامش) . ويلاحظ أن المادة ٩١٧ مدخل استحدث قرينة قانونية تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، فلا يكون لها أثر رجعي ، شأنها هذا شأن سائر القواعد الموضوعية (الوسيط ٢ فقرة ٢٢ : ص ٦٠١ هامش رقم ٢ — بارتان على ألوبي ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر — جني العلم والصياغة في القانون الخاص ٣ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٤ — الأستاذ عبد المنعم البهراوي فقرة ٤٨ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٣١ — ص ٢٢ — الأستاذ اسماعيل غانم ص ٢٢ .
 وأنظر عكس ذلك وأن هذه القرائن متعلقة بقواعد الإثبات ، والنصوص الخاصة بالإثبات ماعداً النصوص الخاصة بالأدلة التي تعد مقدماً تسري على جميع الوقائع بأثر رجعي سواء كانت لاحقة لصورتها أو سابقة : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨ — الأستاذ سليمان درويش فقرة ٢٨) .

ونضيف هنا قضاء محكمة النقض في تكيف المقديماً أو هبة : اشترط للبائع حر الانصر بالمبيع طول حياته ومنع المشتري من التصرف : بيع (٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ بمجموعة ٢٢ رقم ١٢٢ ص ١٠١) — تصرف منجز حال الحياة وسجل قبل وفاة المتصرف بزمان طويل : صحيح إما كبيع أو كهبة مستترة (٢٢ يونيو سنة ١٩٣٨ بمجموعة ٢ رقم ١٢٤ ص ١٠٢) — اتفاق =

وحده دون رقابة عليه من محكمة النقض (١). ومما يرجح وجود هذه النية أن

== البائع والمشتري على بقاء العين المبيعة تحت يد البائع ليستفيع بها طول حياته : بيع أو هبة مستترة (١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧) - للتدفق حياة البائع . منع يده عن الأرض المبيعة واتخاذ كل التدابير اللازمة لتسجيل المقتد : بيع ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤) - الاحتفاظ بحق الانتفاع مدة الحياة ومنع المشتري من التصرف لا يحول دون اعتد التصرف بيده (٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣) - ليس من الضروري وضع المشتري يده على العين لتكثيف المقتد بيده (١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢ ص ٧١٨) - نزل البائع للمشتري عن باقي الثمن واشتراط ألا يتصرف المشترون في المبيع مادام حياً ولكن صدر منه بعد ذلك إقرار بملئ هذا الشرط ويطلق للمشتري حرية التصرف ، فهذا بيع لا وصية (٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤) - لا يكون لتكثيف المقتد وصية اشتراط موافقة البائع على تصرف المشتري (٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام المقتد ١ رقم ١٠ ص ١٥٢) - بيع مسجل من والده إلى ولده : بيع أو هبة مستترة (٢٠ ديس - سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦) - اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في العين المبيعة مابق البائع حياً لا يمنع من تكثيف المقتد بيده (٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٩ ص ٤٠٦ - وفي تكثيف المقتد وصية : لم يسجل البيع واستأجر البائع المبيع ورضى بعض الأطباء (٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٦ ص ٢١٩) - وجود ورقة ضد نقض بأن البيع لا يسرى إلا بعد وفاة البائع (٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٢ ص ٥٩٧) ، استبقاء البائع حيابة المبيع وعدم دفع المشتري للثمن ومنعه من التصرف وعدم إلزامه بدفع الأموال (١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٠ ص ٨٩٧) - تصرف من والده إلى ولده بشرط بخس مع احتفاظ البائع بحق الانتفاع ومنع المشتري من التصرف (٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٢ ص ١١٢٠) - عند صادر من مورث إلى وارث وقد ثبت أن المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمنها وظل وأضماً يده على المبيع طول حياته واحتفظ بالمقتد عنده حتى لا يسجل (٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١ ص ٣٢) - وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان ابراع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية ، وإنما كان قائماً حول تعرف نية التصرف هل هو البيع أو الهبة أو ارسية ، فلا شأن لجهة الأحوال الشخصية به ، بل الشأن فيه لجهة القضاء العادي (٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧) .

ونظر أيضاً في تكثيف المقتد وهل هو وصية أو عقد تمليك منجز : نقض مدني في بتلير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢ ص ٤٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٥ ص ١٢٥ (إيداع مبلغ في صندوق التوفير باسم شخص معين) - ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٩ ص ١٤٨ - ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٦ ص ٢٠٥ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٥ ص ٣٠٦ .

يكون العرض في مصلحة شخص ثالث غير الواسب ، بل قد يكون المودع له الحقيفي هو هذا الشخص الثالث وقد وسط الواسب المتعاقد الآخر بينهما (١).

٢ - وقد بدق التمييز بين البيع والإيجار إذا وقع العقد لا على الشيء ذاته ، بل على ثمراته أو منتجاته . ويقال عادة إن الفرق بين الثمرات (fruits) والمنتجات (produits) هو أن الأولى دورية (périodique) تتجدد دون انقاص ، أما الأخرى فتتناقص حتى تنفذ . فمحصولات الأرض تعتبر ثمرات لأنها تتجدد في أوقات دورية ، أما الفحم والبتروول والمعادن والحجر في المناجم والمهاجر فهذه كلها منتجات لأنها غير دورية بل إن مصيرها إلى النفاذ . ومن ثم فقد قيل إن العقد إذا وقع على الثمرات فهو إيجار إذ يقع على منفعة الأرض المتجددة التي لا تنفذ ، وإذا وقع على المنتجات فهو بيع إذ يقع على هذه المنتجات ذاتها لا على منفعة متجددة (٢) . وبغلب أن يكون هذا صحيحاً ، ولكنه قد لا يصدق في بعض الحالات . فقد يبيع صاحب الأرض المحصول الناتج منها وهو لا يزال في الأرض ، فيكون العقد بيعاً لهذا المحصول لا إيجاراً للأرض . وبغلب في هذه الحالة ألا يسلم "ائع الأرض للمشتري ولا يسلم له إلا المحصول ، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشتري . أما في الإيجار فتسلم الأرض للمستأجر للانتفاع بها ، وتكون مصروفات الزراعة

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٥ - الأستاذ منصور مطلق منصور فقرة ١١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى ما يبين قد تعاقد مع وزارة المالية على أن يقوم باستغلال الطرون الجاف بمشتقات منتظف وسامزادها عليه مقابل ثمن معين ، وعلى أن يدفع لوزارة المالية غرامة على هذا التخلل أثناء كذا جنباً عن كل طن ، كما استخلصت في حدود سلطاتها الموضوعية أن وزارة المالية لم تتفق مع الطرون على حد أدنى لكيية الطرون الذي يقوم باستخراجه مقابل التمر الذي رسا به المزارد عليه ، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعي غير متجدد وليس ثمرة أو ربماً مستنقعات المذكورة ، لكونها جزءاً منه لا بد من نقاده يوماً ما . وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ امزجيرة والإيجار والمستأجر - أنه عقد بيع لطررون لا عقد إيجار لمستنقعات . والمبيع بموجبه هو عين معينة من كبر الصرون الموجود بالمستنقعات بلا حاجة إلى وزن ، ونمته قد حددت دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الإتاوة . وينشئ على ذلك اعتباراً يماً جرافاً ، فهو يقع لازماً مهما كان متار المبيع أنشئ ما أمله المختري (١) ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣١ ص ١٦١) .

على المستأجر لا على صاحب الأرض (١) . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون مصروفات الزراعة أو بعضها في الإيجار على صاحب الأرض لا على المستأجر ، ولا أن تكون مصروفات إنتاج المحصول الذي باعه صاحب الأرض أو بعض هذه للمصروفات على المشتري لا على صاحب الأرض . فالعبرة إذن بنية المتعاقدين ، هل أرادوا بيعاً أو إيجاراً ، وتتخذ الظروف الخارجية التي أشرنا إليها قرائن قضائية على هذه النية ، وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص من هذه القرائن ومن غيرها دلالتها ، فإثره وتقدير موضوعي لا معقب عليه فيه من محكمة النقض (٢) . فقد يؤجر صاحب الماشية أو المحجر منجمه أو محجره المستأجر في مقابل أجره دورية . يكون العقد إيجاراً لا بيعاً ، وتسرى م الإيجار وبخاصة ما يتعلق من تجديد الإيجار وبامتياز المؤجر وبطريقة الشهر ، وكل هذا يست تماماً عن الأحكام الخاصة بعقد البيع (٣) .

وهناك فرض آخر يصدق فيه التمييز بين البيع والإيجار . حيث يوصف العقد بأنه إيجار حتى إذا واطب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة انقلب العقد بيعاً واعتبرت الأجرة أقساطاً للثمن . وهذا ما يسمى بالإيجار السائر للبيع (location - vente) ، وقد ورد فيه نص في من هن نص المادة ٤٣ مدني ، ويقضى هذا النص بأن العقد يعتبر في هذه الحالة بيعاً لا إيجاراً فسرى عليه أحكام البيع . وسنورد إلى هذه المسألة تفصيلاً في مكان آخر (٤) .

(١) بلاير وريير وهامل ١٠ فقرة ٢ ص ٤ - ٥

(٢) أما التكييف القانوني للعقد بعد استخلاص نية المتعاقدين الواقعية فمألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض (بلاير وريير وهامل ١٠ فقرة ٣) ويراعى في التكييف أن البيع ينشئ التماس ينقل الملكية ، أما الإيجار فينشئ التزاماً يعمل هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة . (٣) وليس من الضروري ليكون العقد إيجاراً أن يكون للمستأجر الحق في جميع وجوه الانتفاع بالعين المؤجرة ، فقد يؤجر صاحب الأرض بعض شائئ أرضه ، كأن يؤجر حق الصيد فيها (بلاير وريير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٦) .

وقد يقال إن الإيجار عقد زمني فالزمن فيه عنصر جوهري ، أما البيع فقد فورس . وهذا معيار صحيح ، لكنه وإن كانت هناك ببيع الزمن فيها عنصر جوهري فمكون عقوداً زمنية وذلك كعقد التوريد .

(٤) ص ٩٠ - فقرة ٩٤ فيما يل - وقد يشبه بيع بالإيجار في النزاع عن الإيجار والإيجار من الباطل ، حيث ينزل المستأجر عن إيجاره لغیره وهذا هو البيع أو يؤجر منه للغير

٣ - وقد يتراوح العقد بين أن يكون بيعاً أو مقايضة . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه داراً في مقابل أحد شيئين يختاره المتعاقد الآخر ، مبلغ معين من النقود أو أرض معينة . فهنا العقد يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذى يختاره المتعاقد الآخر ، فان اختار النقود كان العقد بيعاً ، وإن اختار الأرض كان العقد مقايضة . ولا يقع فى هذا القرض لبس ما ، وخصوصيته فى أن العقد لا يتمحض منذ البداية بيعاً أو مقايضة ، ولا يعرف ذلك إلا عندما يختار المتعاقد الآخر المقابل الذى يدفعه . ولكن قد يدق التمييز فيما إذا أعطى شخص داراً لآخر فى مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية ، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد فيكون العقد بيعاً ؟ الظاهر أن هذا المقابل ، وإن أمكنت معرفة قيمته نقداً بمجرد تبين سعر السوق ، إلا أن العبرة فيه هى بطبيعته وقت العقد ، وهو ليس نقداً ، فيكون العقد مقايضة لا بيعاً . وإذا كان المقابل إبراداً مرتباً مدى الحياة ، فقد ذهب البعض إلى أن المقابل ليس بنقود بل هو الحق فى المرتب ، ومن ثم يكون العقد مقايضة . ولكن الصحيح أن العقد بيع قدر الثمن فيه - وهو نقود - على وجه احتمالى فى صورة الإبراد (١) . وإذا كان المقابل بعضه نقود وبعضه غير نقود ، فاذا كان العنصر الغالب هو النقود ، كما إذا بيعت سيارة جديدة بأدين على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بخمسمائة ، فالعقد بيع . أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود ، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين فى القيمة مع دفع

= وهنا هو الإيجار من الباطن . ويرجع فى ذلك إلى نفس المتأخرين ، ولكن قد يس هذا العقد حتى يدق التمييز . بل يقع أن يتمد المستأجر وصف العقد الصادر منه بأحد المتعريفين وهو يتمد التصرف الآخر . فعمدت الفقرة الأولى من المادة ٩٤ مدنى إلى قطع السبيل على هذا التحايل ، ونصت على أن منع المستأجر من أن يؤجر مر الباطن ينتفى منه من التناول من الإيجار ، وكذلك العكس .

(١) بلانيول وريبير ومامل ١٠ فترة ٣٥ ص ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٣٥ ص ١٦٧ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٨٧ ص ١٣٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فترة ١٢٤ ص ١٩٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فترة ٤٨ ص ٩٢ - الأستاذ جمال الدين زكى فى العقود المسماة فترة ١١٨ ص ٢٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ١٥ - وأنظر ما يلى فترة ٢٠٥ .

معدل من النقد زهيد ، فالعقد مقايضة (١) .

وقد قدمنا أن عقد البيع قد يلتبس بعقد أخرى غير العقود الثلاثة المتضمنة الذكر ، ونستعرض بعض الأمثلة على ذلك .

١ - فقد يدق التمييز بين البيع والوفاء بمقابل . وقد قدمنا في الجزء الثالث من الوسيط (٢) أن الوفاء بمقابل قد اختلف في تكييفه . فهو في جميع الأحوال ينقل ملكية شيء يعطى في مقابلة دين يوفى به ، فيسرى عليه من حيث أنه ينقل الملكية أحكام البيع ، وبخاصة ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (انظر م ٣٥١ مدني) . وقد رأينا أن التكييف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين ، فيحل محل الدين الأصلي دين جديد ، ويقترن التجديد في الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عبئاً بالشيء المعطى (٣) . فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء ، ويسرى عليه أحكام كل منهما . ثم هو في الوقت ذاته ناقل للملكية الشيء المعطى ، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع وسرت عليه أحكامه ، وبخاصة ما تعلق منها بالأهلية والضمان كما سبق القول (٤) .

٢ - وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد المقاول . فإذا كان الصانع هو من ورد الخامات التي يصنعها ، وكانت الخامات أكبر قيمة من عمله ، فالعقد بيع . ومن ثم يكون العقد الذي يلتزم به صاحب المصنع أن يورد

(١) الأستاذ منصور معطى منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٤ وفترة ٤٢٧ .

(٢) فقرة ٤٧٧ - فقرة ٤٨٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٨٠ .

(٤) قارن الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٥٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف المحسطة بأن إعطاء المستأجر المحصول للتاجر للوفاء بالأجرة لا يترتب وفاء بمقابل ولا يعتبر بيعاً مادام لم يحدد الثمن . ولكنه تسليم المحصول للتاجر على سبيل الضمان ، مع توكيله في بيعه لحساب المستأجر بعد حده الأجرة . فالمحصول في هذه الحالة لا يزال ملكاً للمستأجر ، ومن ثم إذا وقع أحد دائنيه المجر عليه ، يكن للتاجر أن يعترض على المجر بأنه وقع على مال غير تملكه ثمدين (٦ يناير سنة ١٩١٥ ص ١٧) .

مصنوعاته إلى العميل ، كما إذا تعهد بتوريد آلات أو أجهزة أو أسلحة أو بولنصر أو سيارات أو غير ذلك ، هو بيع أشياء مستقبلية . أما إذا كانت الخيامات أقل قيمة من العمل ، كالرسم بوردر القماش (toile) أو الورق الذي يرسم عليه والألوان التي يرسم بها ، فهذه الخيامات أقل بكثير من قيمة عمل الفنان ، ويكون العقد عقد مقابلة لا عقد بيع . والحياط (الترزى) إذا ورد القماش وكانت قيمته أقل من قيمة العمل فالعقد مقابلة ، وإذا كانت قيمته أكبر فالعقد بيع (١) . وقد تتنارب قيمة القماش وقيمة العمل ، فالعقد يكون في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقابلة (٢) . أما المقاول الذي يتعهد بإقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقابلة ، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية أى بعد أن يقام عليها المبنى (٣) .

٣ - وقد بدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوديعة . فيقع أن يودع الشيء صاحبه عند آخر ليبيعه بمبلغ معين ، على أن يأخذ المودع عنده مقداراً معلوماً أجراً له . مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخاً من كتابه في مكتبة ليبيعها صاحب المكتبة ، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة ليبيعها . ففي هذه الأحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة ، وهذا إما أن يبيعها لحساب صاحبها فيكون وكيلًا بالبيع بعد أن كان مودعاً عنده ، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجراً معيناً على ما يقوم ببيعه . وإما أن يعتبر ، عندما يجد مشترياً ، أنه هو اشتراها أولاً من صاحبها بثمن معين ، ثم باعها للعمل بثمن أكبر ، والفرق هو مكسبه . والقول بتكليف أو بآخر

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ من تشريع المبيعات والعقود البنائي على ما يأتي :
« على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع على الموصوع الأصل في القمته ولم يكن العمل إل فرعاً ، كان هناك بيع لا استئصال » .

(٢) ويقترب من هذا الرأي الأستاذ محمد كامل برسي فقرة ١٨ من ٤٠ .

(٣) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٤ .

فيكون هناك عقد محسرة (وكالة) مقترناً بعقدى بيع على النحو الذى رأيناه فى المسخر (١) .

٥ - وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد القرض . ويحدث ذلك فى مثل القرض الآتى : يريد شخص أن يقرض من آخر ، فيعمد إلى شراء سلعة من المقرض بضمن مؤجل ، ثم يبيعها بضمن معجل ، فيصبح مدينًا بالثمن المؤجل ويتقاضى فى الوقت ذاته الثمن المعجل ، وترجع السلعة إلى صاحبها كما كانت . وتتكشف هذه العملية المركبة عن أن المشتري إنما هو مقرض ، اقترض الثمن المعجل على أن يؤدي بدله الثمن المؤجل عند حلول الأجل ، ويكون الثمن المؤجل أعلى من الثمن المعجل والفرق بين الثمنين إنما هو فوائد القرض . وهذا ما يعرف فى الفقه الإسلامى ببيع العينة (٢) . والواجب فى هذه الحالة استخلاص نية المتعاقدين ، ويغلب أن تكون هذه النية قد انطوت على قرض بربا فاحش ، احتال المتعاقدان للوصول إليه عن طريق بيعين متعاقبين أحدهما بضمن مؤجل والآخر بضمن معجل . ومتى تبين للقاضى أن هذه هى نية المتعاقدين ، وجب أن يجرى أحكام القرض وأن يسقط البيع من حسابه ، ومن ثم ينقص الفوائد الفاحشة إلى الحد المسموح

(١) وقد تختلط الوكالة بالبيع فى البيع مع حق التبرير بالشراء عن الغير (déclaration de commande) وقد قضت محكمة النقض بأن تكيف العلاقة القانونية بين المشتري الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة ، تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير ، غير جار على إطلاقه . فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تناقضاً ، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقائه العين فى ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المنفق عليه ، وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً . ولئن كان الفقه والنفساء فى فرنسا قد ذهبوا فى تبرير إسناد ملكية المشتري المستر إلى العقد الأول ، وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير ، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير ، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوداً على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المنفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك ، أو إذا لم يعمل هذا الحق ، أو إذا أعمله بعد الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ بحسبة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٢١٢) .

(٢) ويعرف القانون الفرنسى القديم هذا العقد ، ويسميه بونيه Mohatra (يودرى وسينيا فقرة ٢٢) .

به فزناً . وقد كان بيع الوفاء قبل تحريره يحقق هذا الغرض في كثير من الأحوال . وينتد رسالة إلى القرض برأ فاحش . فيتظاهر البائع وفاء أنه يبيع عبثاً ، وإنما هو يبرهنها عند المشتري وفاء فاذا رد القرض في الميعاد المضروب استرد العين ، ويكون المشتري قد استولى على الربح وهو يزيد عادة على الفوائد المسموح بها . وإذا لم يرد المقرض القرض في الميعاد ، ضاعت عليه العين . ومثل هذا العقد يجب اعتباره قرصاً مضموناً برهن ، وقد صدر تشريع في عهد التقنين المدني السابق يقضى بجملة باطلا باعتباره بيع وفاء وباعتباره رهناً ، أما في التقنين المدني الجديد فقد حرم بيع الوفاء ذاته حتى لا يتخذ صورة للثل هذه الأغراض (١) .

١٢ - أهمية عقد البيع وكيفية محل المقايضة : وعقد البيع هو أكثر العقود شيرعاً في التعامل ، فهو قوام الحياة التجارية والمدنية . وحتى قبل أن تنسع ميادين التجارة وتنوع ضروب البياعات التجارية ، كان البيع هو العقد الرئيسي في مراحل تطور الحضارة ، ولا تكاد تذكر العقود المسماة إلا ويكون على رأسها عقد البيع (٢) .

ولم يكن البيع معروفاً في البداية ، بل سبقته المقايضة (troc) قبل أن يكشف الناس أن تكون وساطة التعامل فيما بينهم المعادن الثمينة ، ثم النقود . فكان الناس في أقدم العصور يتقاضون سلعة بسلعة ، ولكن المقايضة لم تكن تصلح إلا لجمعية بدائية حيث يمكن حصر السلع المرغوب فيها والتقايف عليها . فلما تقدمت الحضارة وتنوعت الحاجات ، أصبحت المقايضة كطريق للتعامل صعبة التناول وقيل أن تنى بالأغراض المختلفة التي جدت للناس . وكان لابد من إيجاد سلعة عامة تقوم بها جميع السلع ، وتكون هي الواسطة في التبادل . فكانت المعادن الثمينة هي السلعة المنشودة ، وبخاصة الذهب والفضة ، يزن المشتري منهما ثمن

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦ .

(٢) وقد نشأت أغلب القواعد العامة لنظرية العقد في رحاب عقد البيع (الأستاذ جيل الشرفادى فقرة ٢ ص ٧) . وفي الفقه الإسلامى بوجه خاص ، أحكام عقد البيع هي المصدر الذى ينبثق منه أحكام عامة لنظرية العقد .

ما يشتره . ثم أنشئت د . لك هذه المعادن ، ولم يكن للدولة رقابة عليها في البداية ، ثم أخذت الدولة تبسط رقابتها على هذه الدور إلى أن سيطرت عليها ، وأصبحت وحدها هي التي تسلك العملة . وهكذا ظهرت النقود وساطة للتعامل (١) ، ومنذ ظهرت على هذا النحو ظهر معها عقد البيع ، وانتشر هذا العقد في جميع ضروب التعامل وحل محل المقايضة ، وأصبح هو العقد الأول الذي يتعامل به الناس . على أن كل هذا لم يتم إلا تدرجاً ، فلا تزال الحضارات القديمة تحمل أثر المقايضة في معاملاتها ، حتى أن الفقه الإسلامي يجعل البيع شاملاً لها كما تقدم القول .

ولم تختف المقايضة تماماً من مبادئ التعامل ، فقد يقع أن يتقايبض شخصان شيئاً بشيء ، فإذا لم تتعادل القيمتان دخلت النقود ولكن في دور ثانوي كعدل (soultie) للقيمتين . ومن ثم نظم المشرع عقد المقايضة عقب عقد البيع ، دون أن يفيض في هذا التنظيم لقلة الحاجة إلى هذا العقد ولأن أحكامه هي عين أحكام البيع ، لا فرق بين العقدين إلا في طبيعة المقابل فهو نقد في البيع وعين في المقايضة . وحظ المقايضة في الدول الخارجية أوفر من حظها في التعامل الداخلي ، فكثير من الدول في العصر الحاضر ، بعد تمتد شؤون النقد ، تتفق فيما بينها على تقايض السلع .

١٣ - تنظيم عقد البيع في التقنين المصري السابق : أفاض التبيين

المدني السابق في تنظيم عقد البيع (٢) ، فمعرض بهذا التبسيط اقتضاه في نصوص النظرية العامة للعقد ، حتى كانت هذه النصوص تستخلص من النصوص المتعاقبة بالبيع . على أنه بالرغم من تبسطه في تنظيم عقد البيع ، لم يراع ترتيباً علمياً واضحاً في تنسيق نصوصه . وترك الكلام للمذكورة الإيجازية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد ، حيث تنمى هذا النقص على التقنين المدني السابق في العبارات الآتية :

(١) وقد عبرت لائحة المدنية في العصر الحاضر ، وحل محلها لائحة الورقية .
(٢) يحس التقنين المدني السابق منه كثير من مادة واحد ، وبشرطين مادة أخرى على أنها
مروء ، فكانت من تنظيم لوز من إلى عقد آخر .

وأما البيع بوجه عام ، فلم يراع فيه التقنين الحالي (السابق) ترتيباً علمياً واضحاً . فقد خصص الفصل الأول لأحكام البيع ، ولكنه لا يكاد يذكر شيئاً من هذه الأحكام ، بل هو يعرف البيع ، ويذكر أركانه وأوصافه ، ويبين كيف يكون إثباته ، وبستعرض حالات معينة فيه (بيع الجزاف والبيع بالتقدير والبيع بشرط التجربة) ، ثم يقرر أن سرورقات العقد على المشتري وهذه هي المسألة الوحيدة التي يمكن إدخالها في أحكام البيع . أما المسائل الأخرى فن الواضح أن العنوان الذي وضع لها لا يصدق عليها ، ثم إن كثيراً منها ليس إلا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة ، كالإثبات (م ٣٠٢/٢٣٧ - ٣٠٣) والبيع المعلق على شرط أو المقترن بأجل (م ٣٠٤/٢٣٨) والبيع التخيري (م ٣١٠/٢٤٤) . وخصص الفصل الثاني للمتعاقدين ، فذكر الأهلية والرضا وخيار الرؤية ، ثم انتقل إلى بيع المريض مرض الموت وبيع عمال القضاء وبيع النائب لنفسه . وظاهر أن هذا خلط لا مسوغ له بين أركان العقد وأنواع معينة من البيوع كان الواجب أن ينفرد كل نوع منها بمكان خاص كما قدمنا (١) . وخصص الفصل الثالث للمبيع وقد التزم فيه شيئاً من المنطق ، إلا أنه أورد في هذا الفصل بيع ملك الغير وكان الواجب إفراده بمكان خاص (٢) . وخصص الفصل الرابع لما يترتب على البيع ، والظاهر أنه يريد أحكام البيع الذي عنوان به خطأ الفصل الأول . وقد بسط في هذا الفصل التزامات البائع والتزامات المشتري على ترتيب لا يؤخذ عليه عيب واضح . وخصص الفصل الخامس لمعين في البيع ، وكان الأولى ألا ينفصل هذا الموضوع عن مكانه الطبيعي عند الكلام في تقدير الثمن (٣) .

(١) هذه مسألة فيها نظر . فقد عمدنا ، في شرحنا هذا البيع ، إلى أن ندمج هذه المسائل في أركان البيع في الأماكن المناسبة . فالبيع لعمال القضاء هو بيع لحقوق متنازع فيها ، ويتصل هذا اتصالاً وثيقاً بركن في البيع هو المبيع . وبيع المريض مرض الموت يتصل أيضاً بالمبيع ، من حيث تقييد تصرف المريض في شيء يملكه له رعاية لحق الولاية . وبيع النائب لنفسه يدخل في النيابة في التعاقد ، وهذه تتصل اتصالاً وثيقاً بالتراضي كركن في البيع ، فيجوز صدور الرضاء من الأصل أو من النائب .

(٢) وهذه أيضاً مسألة فيها نظر . فبيع ملك الغير يتصل بالمبيع ، من حيث إن الأصل أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، وهذا يجر إلى الكلام في بيع ملك الغير . وهذا ما فعلناه في شرحنا .

(٣) مجلة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧ - ص ٨ .

١٤ - تنظيم عقد البيع في التقنين المدني الجديد - ما استحدثت هذا

التقنين من التعديلات: أما التقنين المدني الجديد فقد كان أسد منطقاً في ترتيب نصوصه ، إذا استعرض في أقسام ثلاثة رئيسية أركان البيع والالتزامات البائع والالتزامات المشتري .

ففي أركان البيع خص بالذكر المبيع والتمن ، استعرض حالات البيع بالعينة والبيع بشرط التجربة وبيع المداق ، واشترط في التمن أن يكون نقداً مقدراً أو قابلاً للتقدير ، ثم استطرد إلى الفن على اعتبار أنه يرد قيداً على حرية المتعاقدين في تقدير التمن

واستعرض الالتزامات الناع ، وهي نقل الملكية والتسليم والضمان . فقرر في الالتزام بنقل الملكية ما هي الأعمال التي يجب أن يقوم بها الناع لتنفيذ هذا الالتزام ، وكيف تنتقل الملكية في الشئ ، المبيع جزافاً . وفي الالتزام بتسليم المبيع ذكر على أي شيء يقع التسليم ، وحدد طريقة التسليم . وعرض لحالة هلاك المبيع قبل التسليم فبين على من يقع نفع هذا الهلاك . وفي الالتزام بالضمان ميز بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، وبين في كل منهما متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه .

واستعرض أخيراً الالتزامات المشتري ، وهي دفع التمن والمصروفات ونسلم المبيع . فقرر في الالتزام بدفع التمن ما الذي يدفعه المشتري ، وبين مكان الوفاء وزمانه ، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالتمن . واقتصر في الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام ، وفي الالتزام بنسلم المبيع على تقرير الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم ومن الذي يتحمل نفقته .

وقد توخى التقنين المدني الجديد في كل ما تقدم ألا يقرر حكماً يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا إذا كان فيه شيء من الخفاء ، أو كان في حاجة إلى تحديد ، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يستمرى له النظر (١) . وإذا

(١) مجموعة الأعمال التمهيدية ٤ س ٨ - س ٩ - ومثل تلك الملاحظة الإيضاحية لمشروع التمهيد لتقول : ٤ من ذلك معهد الأعمال الضرورية لنقل الملكية ، ونقل الملكية =

كان التقنين المدنى السابق قد تبسط فى تنظيم عقد البيع على النحو الذى قد ساء ، ان التقنين المدنى الجديد وحد مع ذلك السبيل .^(١) إلى التقيج ، فأضاف نصوصاً جديدة ، وحذف نصوصاً معقدة ، وعدل أحكاماً معينة ، وصحح أخطاء وقعت فى بعض النصوص . وهذه أمثلة على ما تقدم وردت فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى (١) :

« أضاف نصوصاً جديدة فى البيع بالعينة ، وتقدير الثمن تبعاً لأسس معينة أو وفقاً للسعر المتداول فى التجارة والبيع بثمن مقسط ، وأبقى حق المشتري فى ضمان الاستحقاق حتى لو اعترف وهو حن التبة بحق المتعرض ، كما أثبت للبائع حق التخلص من هذا الضمان إذا هو رد للمشتري ما دفعه للمستحق توقياً من استحقاق المبيع ، وأضاف إلى ضمان العيوب الخفية ضمان صلاحية المبيع للعمل » .

« وحذف نصوصاً معقدة أو نصوصاً لا نعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة دون أن يكون فى ذكرها فائدة . من ذلك إثبات البيع وما يدخل عليه من الأرصاف ، وأهلية كل من البائع والمشتري ، وعيوب الرضاء ، والبيع للأعمى ، والشروط العامة لمحل الالتزام ، والأثر الرجعى للشرط ، وظهور العيب فى بعض الأشياء المبيعة دون البعض الآخر ، وحدوث عيب جديد بعد العيب القديم ، وهلاك المبيع بسبب العيب القديم ، وهلاكه بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى » .

« وعدل أحكاماً معينة ، وحدد أحكاماً مهمة ، وأوجز فى أحكام مسهية . من ذلك البيع بشرط التجربة والفرق بينه وبين بيع المذاق ، وعلم المشتري بالشئ المبيع ، وضمان القدر الذى يشتمل عليه المبيع ، وتبعة الهلاك الجزئى ، وثبوت ضمان الاستحقاق ولو كان حق الغير شخصياً ، وتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بسنة من وقت تسليم المبيع لاثباتية أيام من وقت العلم بالعيب » .

= فى الشرء المبيع جزافاً ، وبيان الطريقة فى تسليم المبيع ، وتبعة ملك المبيع قبل التسليم
الاتفاق على تعديل النصاب ، وبيع الثمن ، وبيع المبيع ، وبيع بيع المنقول لعدم الوفاء
بالثمن (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ - ٩ - ١٠) .
(١) مجموعة الأعمال التشريعية ٤ - ١٠ - ١٢ .

« وصحح أخطاء وقع فيها التفنين الخاطئ (السابق) . من ذلك تبعة الملاك قبل التسليم في البيع بالتقدير ، وأحكام بيع المريض مرض الموت ، ونقل الملكية بالتسليم في المنقول » .

« هذا إلى أن (التفنين الجديد) نقل موضوعات من البيع إلى الالتزامات بوجه عام أو إلى الملكية لأنها موضوعات عامة تجاوز حدود البيع . من ذلك حوالة الدين ، وبيع الحقوق في التركات المنتظرة ، وهلاك المبيع في البيع المعلق على شرط ، ونقل الملكية في العقار والمنقول بالعقد ، وإضعاف التأمينات ، ونظرة المبصرة » .

١٥ - مخطئة المبحث : والخطة التي تتبعها في بحث عقد البيع أن تتكلم في أركان هذا العقد ، ثم في الآثار التي تترتب عليه في فصلين متعاقبين .

ونبحث أنواع البيوع التي أفرد لها التفنين الجديد مكاناً خاصاً بها - بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركة وبيع في مرض الموت وبيع النائب لنفسه - كل نوع في المكان المناسب له في الفصل الأول الذي خصصناه لأركان البيع . وإذا كان المشرع ، من ناحية البساطة التشريعية ، وجد من المناسب أن يجمع هذه الأنواع من البيوع وأن يفرد لها مكاناً خاصاً بها حتى يسهل العثور عليها ، فإن الفقيه من ناحية البحث العلمي ، يتردد كثيراً في تعقب أثر المشرع في هذه الخطة ، ويجد من الأنسب أن يفرغ على كل نوع من هذه البيوع الثوب الفقهي الذي يلائمه في البيئة التي ينتمي إليها ، فإن هذا يعين كثيراً على تفهم صيغة كل نوع ، فيسهل بذلك تكييفه تكييفاً قانونياً صحيحاً ، وهذا من أخص أعمال الفقه . ولا يصعب بعد ذلك العثور على كل نوع منها في المكان المناسب له ، ولا لإيراد النواحي العملية وتطبيقات القضاء في كل نوع ، بحيث يمتزج كل هذا بتأصيل فقهي سليم يساعد كثيراً على إدراك حجة هذه التطبيقات العملية من الإصالة والسادات .

الفصل الأول

أركان البيع

...

١٦ - تطبيق القواعد العامة : أركان العقد ، في نظريته العامة ، هي التراضي والمحل والسبب . والسبب في عقد البيع لا جديد يقال فيه يزيد على ما قيل في نظرية السبب في العقد بوجه عام . ويبقى بعد ذلك ركنان للبيع التراضي والمحل .

الفرع الأول

التراضي في عقد البيع

١٧ - شروط الانعقاد وشروط الصحة والبيع المشروط : هناك شروط للانعقاد في التراضي ، وشروط للصحة . وقد رأينا كل ذلك في العقد بوجه عام ، فنطبق هنا القواعد العامة على عقد البيع بالذات ولما كانت هناك أوصاف كثيرة تدخل على الالتزامات العقدية ، فإن البيع من أوفر العقود حظاً في هذه الأوصاف ، وبخاصة في وصف منها هو الشرط .

فتكلم إذن ، في مباحث ثلاثة متعاقبة ، في شروط الانعقاد في عقد البيع ، ثم في شروط الصحة ، وننتهي بالكلام في بعض بيوع مشروطة لها شأن ملحوظ في مجال التعامل .

شروط الانقضاء

١٨ - التبايع أصالة والنيابة في التبايع : الأصل أن يتبايع المتعاقدان أصالة عن نفسيهما (١) . ولكن كثيراً ما يتم التبايع بطريق النيابة ، إما عن البائع أو عن المشتري ، وإذاً هو كالمكره .

للتبايع بالنيابة

التبايع بالنيابة

١ - ما لا يملك منقولاً أو عقاراً : هو خاف في التبايع ، ولا يجوز له أن يتبايع بالنيابة عن غيره ، لأن أحد المتعاقدين يجب أن يكون بالتبعية ، وتطابقهما ، ولا يجوز أن يكون بين غائبين ، ويتم العقد في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى كل الموجب (٢) ، ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به ، إلى أن يثبت العكس . وقد بطلنا القبول في مكان ذلك في المصلحة العامة في المادة ٢٢٨ من قانون المرافعات .

(١) راجع المادة ١٠٧ من قانون المرافعات ، حيث فيها نص على : صاحب فلا يتصرف بغيره ، مثل ذلك نزع ملكية الشيء وفناء الدين على صاحب ونزع الملكية للمصلحة العامة (بلانيرول وريير ومانز ١٠ قسمة ٢٧) .

(٢) استئناف وطني ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ المشرق ٢٨ من ٢٣٨ - استئناف مخطوط ٢ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ من ١٨٠ .

(٣) فيجوز التعبير عن البيع والشراء بالكتابة والإشارة والسكوت ، ويكون التعبير صريحاً أو ضمناً . ويجوز العدول من الإيجاب قبل أن يرتبط به القبول ، إلا إذا ميز في الإيجاب ميعاد لقبوله فيلزم الموجب لبقاء على إيجابه طول هذا الميعاد . وإذا مات من صدر منه القبول أو فقد أهلية قبل أن يصل القبول إلى الموجب ، فإن ذلك لا يمنع من أن يتم البيع إذا وصل القبول إلى علم الموجب . فهذه الأحكام جميعاً وغيرها من الأحكام التي سبق أن أوردناها في نظرية الالتزام بوجه عام في صدد العقد تسمى على البيع كما تسمى على العقود الأخرى ، فبرجيع في ذلك إلى الجزء الأول من الوسيط حيث ذكرت هذه الأحكام تفصيلاً .

وقد يكون البيع صورياً ، وقد بحثنا الصورية في الجزء الثاني من الوسيط ، فنحيل إلى ما قدمناه في ذلك .

وقد يسبق البيع مرحلة تمهيدية ، وهذه هي الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون .

وقد يتقابل المتبايعان البيع بعد أن أبرماه ، والتقابل عقد جديد يفسخ البيع الأول . وقد أشرنا إلى أحكام التقابل في النظرية العامة للعقد في الجزء الأول من الوسيط .

والذي نقف عنده هنا مسألتان نطبق فيهما القواعد العامة لنظرية العقد على عقد البيع بالذات :

(١) تطابق الإيجاب والقبول ، من ناحية العناصر التي يتم فيها هذا التطابق ، ومن ناحية بعض الصور العملية للإيجاب والقبول ، ومن ناحية شكل البيع وطرق إثباته وقواعد تفسيره .

(٢) الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون .

١٩ - تطابق الإيجاب والقبول

٢٠ - العناصر التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول : كانت المادة ٥٥٧ هـ

من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد تجرى على الوجه الآتي : « يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء ، وباتفاقهما على المبيع والتمن . » وهذا النص مأخوذ من المادة ٢٣٦ / ٣٠١ من التقنين المدني السابق ، وكانت تنص على أنه « لا يتم البيع إلا إذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع وتمنه » . ولما نلى نص المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفه ، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦ - ص ١٥ في الهامش . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مدد هذا النص ما يأتي : « النص مطابق للتقنين المصري الحالي (السابق) ٢٣٦ م / ٣٠١ . وهو إن كان مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا أنه يرمي إلى »

فيجب إذن أن يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه ، وهو البيع . فلو قصد أحدهما رهناً وقصد الآخر بيعاً ، بأن قال صاحب الدار للمتعاقد الآخر خذ هذه الدار وأعطني ألفاً وقصد أن يرهنها بهذا المبلغ ، وقبل الآخر هذا الإيجاب معتقداً أن صاحب الدار يبيعها لاي رهنها ، فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على البيع ولا على الرهن ، فلا يوجد بيع ولا رهن .

ويجب أن يتفقا على الشيء المبيع ، فلو كان للبيع داران وعرض على شخص أن يبيعه إحداهما فظن هذا أنه يبيع الدار الأخرى قبل شراء ما لم يتم البيع ، لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع فقد قصد البائع أن يبيع داراً وقصد المشتري أن يشتري أخرى .

ويجب أخيراً أن يتفقا على الثمن ، فلو طلب البائع في الدار ألفاً ولم يقبل المشتري أن يشتريها إلا بتسعمائة لم يتم البيع لأن المتبايعين لم يتفقا على الثمن (١) .

معرضين : (أولاً) أن يحدد بذكر المبيع والثمن لإزالة النصوص الخاصة بكل من هذين الركنين . (ثانياً) أن يبين أن البيع عقد رضائي لا يشترط في تمامه تسجيل ولا كتابة .
وقد نصت المادة ٣٨٨ من نصين الموجبات والعقود الثاني على أنه « لا يترن البيع قائماً إلا إذا اتفق المتعاقدان على نوع العقد وعلى المبيع والثمن » ونصت المادة ٣٧٣ من نفس النقيض على أن « صحة البيع تتوقف عن اتفاق المتعاقدين على ماهية العقد وعلى المبيع والثمن والشروط العامة لصحة الموجبات الفعلية » .

(١) نقض مدني ٩ يولي سنة ١٩٤٩ مجموعة غر ٥ رقم ٤٢٣ ص ٧٩٧ - ويعرض العقد المبرم من منفي أن يوتي به لفرض بعيد التوقيع في العمل : بطلب البائع في الدار ألفاً وقبل المشتري أن يشتريها بألف ومائتين ، فهل يكون هناك اتفاق على الثمن ؟ يذهب مرنبي إلى أن المشتري وقد رضى أن يشتري بألف ومائتين يكون راضياً دون شك أن يشتري بألف ، فيتم البيع على ألف (مرنبي في البيع فقرة ٣٦ - بودري وسيبيا فقرة ٢١ ص ١٥) . وإذا قيل إن البائع وقد رضى أن يبيع بألف يكون راضياً دون شك أن يبيع بألف ومائتين فلم لا يتم البيع على ألف ومائتين ، أمكن رد هذا الاعتراض بأن الحل الأصح للمثلث بالمثلث - هو المشتري - هو الحل الذي يؤخذ به ، فيتم البيع على ألف لا على ألف ومائتين . ونص المادة ١٧٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه « تكون موافقة القبول للإيجاب حسناً ، فلو قال ألتع لمشتري بمك هذا المال بألف قرش ، وقال المشتري اشتريته منك بألف وخمسمائة ، انعقد البيع على الألف ، إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس لزم المشتري حينئذ أن يعطيه خمسمائة لقرش التي زادها أيضاً وكذا لو قال المشتري البائع اشتريته منك هذا المال بألف قرش ، فقال البائع بعت منك بمائتين بنصف البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف » .

وإذا كان اتفاق المتبايعين على البيع والمبيع والثمن ضرورياً لتمام البيع ، فهو أبصاً كاف ، ولا ضرورة لتمام البيع لأن يتفقا على أكثر من ذلك (١) . فتمام البيع

== ونفرض فيما قدمناه أن المشتري وقت أن زاد في الثمن أو أن البائع وقت أن نقص فيه قد وقع في عطل . لكن قد يحدث أن المشتري يبدأ بعرض ثمن معين ، وبأن ضيق البائع أن يسايره في هذا الثمن ، فيقبل البيع بشر أن هو الثمن العادل في نظره ، فهذا يكون باب المشتري قد عارضه قبول البائع فيعتبر قبول البائع إيجاباً جديداً (م ٩٦ مدني) ، ويعتبر سكوت المشتري والإيجاب الجديد نافع له ضمناً محضاً قبولاً لهذا الإيجاب الجديد ، فيتم البيع على الثمن الأقل . وإذا بدأ البائع بطلب ثمن ، فإن ضيق المشتري إلا أن يزيد في الثمن ، فيقبل المشتري الشراء بالثمن الأكبر بإيجاب جديد يقبله البائع بسكوته ، فيتم البيع على الثمن الأكبر (أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان عرقس فقرة ٢٢) .

والعبارة بنية المتعاقدين ، وتستخلص منية من القرائن في كل من اللغة العربية والفقه الإسلامي . في الفتاوى الخانية رجل سارم رجلاً بشرب ، فقال البائع أبيعك بخمسة عشر ، وقال المشتري لا آخذته إلا بعشرة ، فذهب به ، ولم يقل البائع شيئاً . فهو بخمسة عشر إن كان المسع في يد المشتري حين سارمه ، وإن كان في يد البائع فأخذه منه المشتري وباعه البائع فهو بعشرة . ولو كان في يد المشتري وقال لا آخذته إلا بعشرة وقال البائع لا أبيعك إلا بخمسة عشر ، فرده عليه المشتري ، ثم تنازله من يد البائع فدفعه البائع إليه ولم يقل شيئاً ، فذهب به المشتري ، فهو بعشرة . (شرح المجلة لسليم باز م ١٧٨ ص ٨٣) .

(١) استئناف وطني ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٢ الحقوقي ٧ ص ٢٨٥ - استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣ .

وفي صدد توافق الإيجاب والقبول في البيع قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن البيع يتم بتوافق الإيجاب والقبول على المبيع والثمن (٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٩ ص سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٨) ، فلا البيع يتم إذا امتنع أحد المتبايعين من قبول المقد كمالاً (٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٢ - ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٤ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ - ١٣ مايو ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٢ - ١٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٨ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١٩) . ويجوز ينفي عن توقيع فلشترى على عقد البيع طلبه التسجيل أو قبضه للعين المبيعة أو تصرفه في المبيع مستنداً إلى عقد البيع (٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٢ - ٢٣ إبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٥١ - ٢١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٠ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤٨ - أول نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٠ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦ - ٢٧ يناير ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣١ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٠ - ولكن قارن ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٣ - ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٣٤ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختطة أيضاً بأن انبيع المربوع عليه من ألبان مرصده ولم يجره ويجوز للمشتري إجباره على تسليم المبيع ، ولكن هذا البيع لا يكون ==

أذن حتى لو سكت المتبايعان عن تمديد وقت تسليم البيع ، أو عن تمديد وقت دفع الثمن ، أو عما إذا كان الثمن المؤجل ينتج فوائد أو لا ينتج ، أو عن يلتزم بدفع مصروفات البيع ، أو عن زجر تلك من المائل . فإدام التبايعان قد اتفقا على البيع والمبيع والثمن فقد تم البيع (١) ، ويكون المبيع واجب التسليم فوراً ، ويكون الثمن واجب الدفع في الحال ، وإذا كان الثمن مؤجلاً ولم ينفق على فوائد

= نافذاً في حق الغير حتى لو سجل (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٤٦-٢٢ يناير سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٩٩ - ويحكم يكون نافذاً في حق الغير لو سجل - مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٥) . ولا يجوز الاحتجاج بعدم توقيع المشتري على عقد البيع إلا من له مصلحة في ذلك كغيره من البائع أو دائن مرتين (١٥ يناير سنة ١٨٩٦ م ٧ ص ٧٤ - ١٩ يناير سنة ١٨٩٧ م ٢٠ ص ٢٤٨) . ونقض محكمة الاستئناف المختصة أيضاً بأن تردد إرسال كتاب من صاحب الدابة بعرض سلمت لا يكون إلا إيجاباً غير مقبول يقول المحرف الأخير (١٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٤) وبأن مدونات مجلس إدارة الشركة لتعيين الغير للشركة لا يقع البيع إلا به لإيجاباً (٢٤ يونيو سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ١٤٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وأند الاتفاق الذي أقيمته الإدارة في مادونة البيع والوقع عليه من الذي عليه - من سنة التزام المراجعات - كان بيعاً فليس له حصة أو حصة أو حصة فيها ومقدار المال نوعه وقيمه ونسبته كماله في ذات اللائحة لتدبير أركانها في البيع ولو أنها ملزمة ببسالة وهذا حين تحرير الشروط ، ثم عرضت لتنفيذ هذا الاتفاق فترأت أن نية المتعاقدين فيما يتعلق بباقي شروط البيع من تسليم المبيع ودفع ثمنه قد توضح من الطريقة التي بينها في حكمها وقالت إنها اتباعتها طوال مدة تنفيذ هذا العقد ، فإنها إذ استظهرت توافق أركان التعاقد من التمهيد المأخوذ من البائع ومن تنفيذه جزئياً ، وإذا استكلت شروط الاتفاق من العناصر الأخرى القائمة في الدعوى ، تكون قد استخلصت ذلك ولا ينتج عنه فلا يصح مناقشتها فيه أمام محكمة النقض لتعلقه بمصلحة محكمة الموضوع في تقرير الوقائع (نفذ ١٢ مايو

سنة ١٩٤٢ مجوعة عمر ٤ رقم ٥٧ ص ١٥٤) . ونقضت من جهة أخرى بأن من كان الإلتزام المتنازع على تكييفه صريحاً في الإفصاح عن قبول المرفع البيع بالشروط التي أوفضاها ، وكان المتسلك بهذا الإقرار والاعتراف في انقضاء البيع على أساس هذه الشروط ، فلا يمكن مع هذا القول بتلاق الإيجاب والقبول اللازمين لانقضاء البيع ، واختلاف الطرفين على مسألة المبيع وسقوطه يجعل البيع غير معتقد أنهم الاتفاق على الغير القيمة (نقض مسمى ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجوعة أحكام النقض ١ رقم ٥٦ ص ٣٠٢) . ونقضت بأنه إذا أدرج عقد البيع والتمتع عند أبيه ، وقرروا الأجنبي أن البيع في الإلتزام هو أن البائع كان باع نفسه للمبيع المخصص لغيره والتمتع ألا يكون هذا البيع الثاني بائناً إلا بعد التخلي عن البيع الأول ، كيف البيع الثاني بأنه مبيع بائناً على شرط وإذ كان البيع الأول (نقض مسمى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجوعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٦ ص ١٨٥) .

لم تستحق الفوائد إلا في حالات خاصة ، وإذا لم يعرض المتبايعان لمن يلتزم بدفع مصروفات البيع فالمصروفات على المشتري . فها نحن نرى أن هذه المسائل التي لم يعرض لها المتبايعان قد تكفل القانون بحلها ، ولا يجوز له أن تم العقد على النحو الذي قدمناه لأحد من المتعاقدين أن يعدل عنه دون رضا المتعاقدين الآخر (١) .

ولكن إذا عرض المتعاقدان لشيء من هذه المسائل - ميعاد تسليم المبيع أو ميعاد دفع الثمن الخ - ولم يتفقا على مسألة منها ، فإن البيع لا يتم ، لأنهما عرضا للمسألة ولم يتفقا عليها . وكذلك الحكم إذا احتفظ أحد المتبايعين بمسألة للاتفاق عليها فيما بعد ، فاحتفاظ المتعاقدين بمسألة دليل على أنه قصد ألا يتم البيع إلا بعد الاتفاق عليها . ومع ذلك فقد نصت المادة ٩٥ مدني على أنه وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تفضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (٢) .

وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً في الجزء الأول من الوسيط (٣) .

وسبق كذلك بيان أن الأصل في الإيجاب ألا يكون لازماً ، ويجوز للمرجب الرجوع عنه إلى أن يلتقي به القبول . ولكن إذا مات من صدر له الإيجاب أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه ، فإن ذلك لا يمنع من تمام البيع عند اتصال القبول بعلم الموجب ، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (٤) .

(١) وقد نصت محكمة التفسير بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى التي أوردتها الحكم أن رغب الشراء بعد أن قبل عرض البائع قد بادر إلى المطالبة بالبيع ، ووجه في الوقت المناسب إظهاراً للبائع بتكليفه الحضور لتحرير العقد الرسمي ، وانتهى الحكم رغم ذلك إلى القول بأن المشتري عدل عن الصفقة ، ولم يدعم قضاءه بذلك بأدلة من شأنها أن تؤدي إليه ، بل كان كل ما قاله لا يبرر ما خلاص إليه ، فإنه يكون معيياً متعياً بنفسه ، قض مدني ١٤ يوبه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص ٧٢٩ .

(٢) مثل ذلك الاحتفاظ بمسألة تعيين من يتحمل من المتبايعين مصروفات تخزين المبيع المدة التي من فيها مخزوناً ، فعدم الاتفاق عليها بعد ذلك لا يمنع من تمام البيع ، وتعين المحكمة المتعاقدين يتحمل هذه المصروفات طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة .

(٣) الوسيط ١ فقرة ١١١ .

(٤) م ٩٢ مدني - الوسيط ١ فقرة ٨٢ .

٢١ - صور عملية البيع بالإيجاب : قد يتخذ الإيجاب صوراً عملية مألوفة ، فتعتمد المتاجر إلى عرض سلعتها عن طريق النشرات والإعلانات و الكاتالوجات ، وغيرها من وسائل الدعاية ، وتضع بياناً تفصيلياً لما تتجر فيه من السلع ، وتذكر أمام كل سلعة منها . وقد يعتمد المتجر إلى عرض عينات من السلع التي يبيعها على الجمهور في واجهة المكان الذي يتجر فيه ، ويضع إلى جانب كل سلعة منها بياناً بالثمن الذي يبيعها به (١) .

كل هذه صور عملية للإيجاب أصبحت الآن مألوفة في التجارة ، والخصيصه التي تشترك جميعاً فيها هي أن الإيجاب موجه لغير شخص معين بالذات ، إذ هو موجه للجمهور في مجموعه دون تمييز بين شخص وآخر . ومع ذلك يعتبر هذا إيجاباً صحيحاً ، لأن الموجب لا يعنيه شخص من يوجه إليه الإيجاب ، ولا يهمه إلا أن يبيع سلعته لأي شخص يتقدم لشراؤها بالثمن الذي حدده لها . ومن ثم إذا تقدم أى شخص من جمهور الناس إلى المتجر ، وقبل أن يشتري السلعة الميئنة في النشرة أو الإعلان أو الكاتالوج أو الموضوعه في الواجهة بالثمن المحدد لها ، كان هذا قبولاً صحيحاً لإيجاب قائم ، ويتم عقد البيع على هذا الوجه بتطابق الإيجاب والقبول . ولا يستطيع صاحب المتجر أن يرفض ، بعد أن تم العقد على هذا الوجه ، تسليم السلعة للمشتري .

على أن هذا الحكم ترد عليه القيود الآتية :

١ - عرض السلع على الجمهور عن طريق النشرات والإعلانات و الكاتالوجات ، يكون في الغالب دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً كاملاً ، فإذا تقدم شخص إلى صاحب المتجر وطلب منه أن يبيع له سلعة من السلعة الميئنة في نشرة أو إعلان أو كاتالوج ، غير موجه إليه شخصياً ، كان هذا إيجاباً من صاحب

(١) وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد : « ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود . عرض التاجر لبضائمه على الجمهور مع بيان أمانتها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المخصصة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوة أو لتوزيع طابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً . (الوسيط ١ فقرة ٧٦ ص ١٧٦) .

السلعة لا قبولاً ، ويصدر القبول بعد ذلك من صاحب المتجر ، ولكن لا يجوز له أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى شراء سلعته إلا إذا امتد إلى ذلك إلى أسباب مشروعة (١) . أما إذا كانت الدفعة أو الإعلان قد أرسل إلى شخص بالذات بعنوانه الشخصي ، وقد قصد صاحب المتجر أن يوجه إليه إيجاباً ، فإن هذا يعتبر إيجاباً كاملاً ، فإذا استجاب له من وجه إليه كان هذا قبولاً وتم البيع ، ولا يستطيع صاحب المتجر بعد ذلك أن يرجع في تعاقدته . وكذلك عرض السلعة في واجهة المكان مصحوبة ببيان ثمنها يعتبر إيجاباً لا مجرد دعوة للتعاقد ، بالرغم من أن الإيجاب هنا موجه للجمهور لا لشخص معين بالذات ، فإذا قبل شخص هذا العرض كان هذا قبولاً وتم البيع . أما إذا كانت السلعة غير معروضة في واجهة المكان ، بل كانت داخل المتجر مصحوبة ببيان ثمنها . وكان دخول المتجر مباحاً للجمهور كما هي العادة ، وعرض صاحب المتجر على العميل سلعته وقد بين عليها ثمنها ، اعتبر هذا إيجاباً منه إذا قبله العميل

(١) وقد كان الشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا المنحى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه « يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفض ، ما لم يكن قد دعا إليه فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤٥ - ص ٤٦) . وجاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا السند : « والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث خبرها على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالنجار في البساتين والإعلانات وقوائم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون أبوابهم نظاراً ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم . فإذا استجيب هذه الدعوة إلى التعاقد ، كانت الإجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من غير الإيجاب لأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفض لعدم مشروعية . وقد عثت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « إذا استلم المادى ما يأتي : « وليس هذا الأثر القانوني إلا نتيجة لمادة التي أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق ، أو التمسك في استعماله . على أن الإساءة في هذا العرض ترد على مجرد إساءة من الرخص ، وهذه خصومية تسرع في الانتباه . وقد تعدد الشرح بإعمال تعيين الجزاء الذي يترتب على الرخص التمسك . فمثل هذا الرخص يترتب مسؤولية الإساءة فيها . فلا يجوز أن يقتصر التمييز على صالح من المال ، إذا كان هذا جزءه كافياً . ويجوز للمالك في بعض الظروف أن يذهب إلى ما هو أبعد ، فيعتبر أن العقد قد تم على دليل التعرض إذا كان في الظروف ما يوجب ذلك : مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٤ ، في الخامس ، (الوسيط ١ ص ٤١٦ - ٤١٧) .

ثم البيع ، أما إذا لم يبين على السلعة الثمن ، أو كانت هناك بيانات عن الثمن لا يستطيع العميل إدراك معناها وقد قصد بها أن ترشد صاحب المتجر إلى تحديد الثمن ، فإن عرض السلعة على العميل في هذه الحالة لا يعتبر إيجاباً ، بل يجب أن يبين صاحب المتجر ثمن السلعة حتى يقوم الإيجاب .

٢ - في الحالات التي يقوم فيها الإيجاب من صاحب المتجر ، وبخاصة عن طريق التشرات والإعلانات والكتالوجات ، يكون المفروض أن صاحب المتجر يعرض سلعته ما بقي عنده منها شيء . فإذا نفذت السلعة ، ثم أتى عميل بعد ذلك يطلبها ، كأن لصاحب المتجر أن يعتبر نفاد السلعة بمثابة وجوع منه في الإيجاب جرى العرف أن ينتج أثره من غير حاجة إلى إعلانه (١) ، فلا يكون التاجر ملزماً باجابة العميل إلى طلبه .

٣ - الإيجاب الذي يقوم على هذا الوجه قد يحدد له ميعاد يبنى فيه قائماً ، فإذا انقضى الميعاد سقط الإيجاب من تلقاء نفسه . أما إذا لم يحدد ميعاد ، فالمفروض أن صاحب المتجر إنما قصد أن يفرم إيجابه في خلال مدة معقولة تحدد حسب ظروف المتجر ونوع البضاعة والمألوف في التجارة . فإذا تقدم عميل بعد انقضاء هذه المدة ، لم يكن الداجر ملزماً باجابته إلى طلبه .

٤ - إذا لم يكن عند صاحب المتجر شيء من السلعة وقت أن أصدر إيجابه على النحو السابق ، فليس ذلك مبرراً إلى أنه لا يجب أى عميل إلى ما يطلب ، وإلا كان الإيجاب الذى أصدره لا معنى له . وإنما هو أراد بإيجابه أن يتعهد لمن يطلب السلعة بأن يوردها له في وقت مناسب . فما دامت المدة المعقولة لقيام الإيجاب لم تنقض ، كان لأى عميل الحق في طلب السلعة بالثمن المحدد ، وعلى صاحب السلعة ترديد ما له في وقت مناسب بهذا الثمن ، وليس له أن يحتج بأن الساعه لم تكن عنده ليكون حكمها حكم السلعة التي نفذت (٢) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يشتمل في هذا الصدد

(١) لو يقال إن الإيجاب يقوم ما دامت السلعة موجودة عند التاجر ، فإذا نفذت سقط الإيجاب من تلقاء نفسه .

(٢) أنظر في كل ما تقدم من القيود بودرى وسينيا فقرة ٤٦ - فقرة ٥٥ .
(الربط - م ٤)

على النص الآتي (م ١٤٣ من المشروع) : ١ - يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارية التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض (١) . فحذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه (٢) .

٢٢ - شكل عقد البيع : وبمخلص مما تقدم أن عقد البيع ليس له شكل

خاص ، فهو ليس بعقد شكلي ، بل هو عقد رضائي . فتنى تم الاتفاق على البيع والمبيع والتمن ، فقد تم البيع ، دون حاجة إلى ورقة رسمية بل ولا إلى ورقة . فجرد تطابق الإيجاب والقبول يكفي ، شأن البيع في ذلك شأن كل عقد عرود التراضي (٣) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في العدد ٥٠ وقد تقدم في الفقرات الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يجري التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر في الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب . فليس ينصرف حكم النص في الصورة التي يواجهها إلى الإيجاب النهائي الملزم الذي ينقلب إلى ارتباط تعاقدى متى اقترن به القبول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب . والاستجابة لهذه الدعوة هي التي تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً ، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ في الهامش - الوسيط ١ ص ١٧٦ هامش رقم ١ .

(٣) استئناف وطني ١٥ مايو سنة ١٨٩٣ الخفوق ٨ ص ١٩٧ - ٤ مايو سنة ١٩٠٥

تقلال ٤ ص ٥٢٦ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠١ -

استئناف مختلط ٢ بوليه سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ .

وتنص المادة ٣٧٦ من تقنين الموجبات والمقود البناني على أنه « يجوز أن يكون البيع خطياً أو شفهاً مع مراعاة القواعد المرسوعة لبيع الأموال الثابتة » . وكان التقنين المدني المصري السابق ينص صراحة على رضائية عقد البيع ، فكانت المادة ٢٣٧ وطني على أنه « يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالشفاهة » ، وتناولها المادة ٣٠٢ مختلط : « البيع يجوز أن يكن بالكتابة بسند رسمي أو غير رسمي » ، والمادة ٣٠٣ مختلط : « البيع يكون بالشفاهة أو بالإشارة » . هذا ولم يدر قانون التسجيل في العقار من رضائية البيع ، فسرى أن بيع العقار لا يزال عقداً رضائياً والتسجيل ليس ضرورياً إلا لنقل الملكية .

على أنه قد ينص القانون في بعض حالات استثنائية على شكل معين لأمواع خاصة من البيوع ، وذلك كبيع السفينة وبيع براءات الاختراع والعلامات التجارية (١) .

وقد ينفق الطرفان على أن يكتب بالبيع ورقة رسمية أو ورقة عرفية . وهذا الاتفاق يمكن أن يقصد به أحد أمور ثلاثة :

(الأمر الأول) أن يكون المتبايعان قد أرادا باتفاقهما هذا بيعاً كاملاً باتناً ، وإنما انفقا على أن يعدا ورقة رسمية أو ورقة عرفية كدليل لإثبات هذا البيع . إمعاناً منهما في الحصول على وسيلة قوية للإثبات . ويسمى هذا الاتفاق بالعقد الابتدائي ، وحقيقته أنه بيع كامل يؤخذ فيه بالشفعة ، وإذا مات أحد المتبايعين قبل إعداد الورقة المتفق عليها كانت الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة ملتزمين مكانه بالمساهمة في إعداد هذه الورقة . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في العقد الابتدائي . ولا يكون البيع الابتدائي في هذه الحالة عقداً شكلياً ، بل يبقى عقداً رضائياً ، أما البيع النهائي فيكون عقداً شكلياً بموجب الاتفاق . فإذا امتنع أحد الطرفين من المساهمة في إعداد الورقة المتفق عليها أمكن الطرف الآخر إجباره على ذلك قضاءً ، بأن يحصل على حكم بثبوت انبعاث العقد منذ الاتفاق الأول ، ويحل الحكم محل الورقة العرفية أو الرسمية المتفق عليها .

(الأمر الثاني) أن يكون المتعاقدان قد قصدا باتفاقهما مجرد وعد بالبيع ، وأن البيع لا يتم إلا عند كتابة الورقة العرفية أو الرسمية . وقد يكون هذا الوعد من جانب أحد الطرفين ، أو من جانب كل من الطرفين ، فإذا أخل الواعد

(١) وقد نصت المادة ٣ من تقنين التجارة البحرية على أن : « بيع السفينة كلها أو بعضها اختيارياً يلزم أن يكون بسند رسمي ، سواء حصل قبل السفر لم يأتئنه ، وإلا كان البيع لائياً » .

وإذا كان الثمن إراداً مرتباً ، لم ينفذ البيع إلا بالكتابة فيكون عقداً شكلياً ، وقد نصت المادة ٧٤٣ مدني على أن : « العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً » . وتقتضي المادة ٢٧/٢ من القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بأن كل تصرف يرد على حق المؤلف في استغلال مصنفه لا ينفذ إلا بالكتابة ، وقد يكون التصرف في المصنف بيعاً فيكون البيع في هذه الحالة شكلياً .

وتعتبر يوماً شكلية البيوع الجبرية وبيع عقار القاصر والغائب .

الترامه ولم يساهم في إنعام البيع بكتابة الورقة المتفق عليها ، أجبره الطرف الآخر
تنفيذ الترامه عينا بما لحصول على حكم يقوم مقام عقد البيع . والبيع في هذه
الحالة يكون شككياً لا يتم إلا بكتابة الورقة المتفق عليها أو بالحكم الذي يسدر
لإجراء البيع ، ولا يعتبر الحكم وجوداً إلا من وقت كتابة الورقة أو من وقت
صدور الحكم ، بخلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن البيع يكون موجوداً من وقت
الاتفاق الأول .

(الأمر الثالث) أن يكون الطرفان لم يقصدا لا بيعاً كاملاً بآنا كما في الحالة
الأولى ، بل ولا مجرد وعد بالبيع كما في الحالة الثانية . وإنما قصدا إعداد
مشروع للبيع يحدد شروطه مبدئياً ، على أن يتم البيع بعد ذلك بكتابة الورقة
العرفية أو الرسمية . وفي هذه الحالة لا يكون هذا المشروع ملزماً لأحد منهما ،
ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر إجباره
على ذلك عن طريق القضاء . فإذا ما قبل الطرفان إبرام البيع بعد ذلك عن طريق
كتابة الورقة المتفق عليها ، فإن البيع يتم ولكن من وقت كتابة الورقة ، ويكون
شككياً في هذه الحالة (١) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ١٧ - وانظر أيضاً لوران ٢٤ فترة ١٢٨ -
جيوار ١ فترة ٩ - بودرى وسينيا فترة ١٨٨ - وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد
يتضمن نصاً يقضى ، إذا اشترط المتعاقدان الكتابة ، بأن يفترض عند الشك أنها قصدا ألا يتم
العقد إلا بالكتابة ، فتكون الكتابة شككاً لا مجرد طريق للإثبات . ولكن لجنة المراجعة حذت
هذا النص لإمكان الاستثناء عنه ، ف يرجع إذن في كل حالة إلى قصد المتعاقدين ، وهل أرادا
الشكل أو طريق الإثبات . وما هي قيمة الاتفاق الابتدائي الذي أبرماه من هو بيع كامل أو وعد
بالبيع أو مجرد مشروع غير حارم .

وتنص المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي على أن البيع " يمكن حصوله بعقد رسمي
أو بعقد عرفي " . وكان أصل المادة : " بيع المقاربات يجب أن يحصل بالكتابة ، ويمكن حصوله
بعقد رسمي أو عقد عرفي " . ولكن حذف شرط الكتابة في بيع المقاربات ، وبقيت المادة بعد
حذف هذا الشرط ، فأصبحت توهم أن البيع تلزم فيه الكتابة . واتصير الصحيح لهذا النص
أن للتبايعين كتابة ورقة رسمية أو ورقة عرفية إذا أرادا تحرير العقد ، أما البيع ذاته فيتم بمجرد
التراضي (لوران ٥ فترة ١٢٦ - فترة ١٢٧ - جيوار ١ فترة ٧ - أوبري ورو ٥ ص ٢٨
فاش دقم ١ مكرر - بودرى وسينيا ٧ فترة ١٨ - فترة ١٨٥ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٧
ص ٢٥ وهاش رقم ١) .

٢٣- إثبات عقد البيع : عقد البيع يثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات.

وتعتبر قيمة البيع بمقدار الثمن ، فإذا بيعت دار بألف كان التزام البائع بنقل ملكية الدار قيمته ألف لأن الدار قومت بهذا المقدار (١). وكان التزام المشتري بدفع الثمن قيمته ألف بطبيعة الحال .

ومن ثم يثبت عقد البيع بالينة أو بالقرائن إذا كان الثمن لا يزيد على عشرة جنيهات (٢) . فإذا زاد الثمن على هذا المقدار ، أو كان غير معارم القيمة بأن كان إراداً مرتباً مدى الحياة مثلاً ، لم يجوز إثبات البيع إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها طبقاً للقواعد العامة (٣). ويقوم مقام عقد البيع الحكم النهائي القاضي بوقوع البيع وصحة التعاقد (٤) .

٢٤- تفسير عقد البيع : عقد البيع . كسائر العقود ، تجرى عليه القواعد العامة في تفسير العقد .

فإذا كانت عبارات البيع واضحة ، لم يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها

(١) وهذا بخلاف حوالة الحق ، فقد يساع حق معروف المقدار بشئ أقل ، فيكون التزام الخيل فيسته أكبر من قيمة التزام المحال (الوسيط ٣ مقرة ٢٦٢) .

(٢) أو كان البيع تجارياً ، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفا النزاع تاجرين ، فلا جناح على المحكمة إن هي أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع له إلى المدعى عليه وقيمة الأشياء المباعة ، وذلك لأن الإثبات في المواد التجارية حائز بكافة طرق الإثبات (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٨ ص ٤٥٨) . ونصت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات البيع التجاري بالقرائن كتصدير سباعة للمشتري وتسليمها لياه (٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٢٦) . وقضت أيضاً بأنه يجوز إثبات البيع التجاري مفاتورة صادرة من البائع ومقبولة من سمسار المشتري (٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قدم المشتري إيصالاً بالثمن بتوقيع البائع ، عد الإيصال مبدأ ثبوت بالكتابة يبيع إثبات مساحة الأرض المباعة وحدودها ووقوع البيع باناً بالينة (١٥ يناير سنة ١٩٥٣ م ١٥ ص ٨٩) .

(٤) استئناف مختلط سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٢ - وقد كانت المسألة الأخيرة من المادة ٢٣٧/٣٠٣ من التفتين المدني السابق تنص صراحة على تطبيق القواعد العامة في الإثبات فتقول : « إنما في حالة الإنكار تنبغ القواعد المقررة في القانون بشأن الإثبات » .

للتعرف على إرادة المتبايعين (م ١/١٥٠ مدني) . ففي تفسير الشروط الظاهرة لا تجب حكمة الناس لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر ، ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم .

أما إذا كانت عبارات البيع غير واضحة ، وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ (م ٢/١٥٠ مدني) . ويستهدى للقاضي ، للكشف عن هذه النية المشتركة ، بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

وإذا قام شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ، فسر عقد البيع بما فيه مصلحة الملتزم ، الساع أو المشتري ، فإن كلا منهما ملتزم بعقد البيع (م ١/١٥١ مدني) . أما التقنين المدني الفرنسي فقد نصت المادة ٢/١٦٠٢ منه على أن « الشروط الغامضة في عقد البيع تفسر لمصلحة المشتري وضد البائع » ، أي سواء كان البائع هو الدائن أو المدين (١) .

وإذا كان البيع من عقود الإذعان ، فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فيه ضاراً بمصلحة الطرف المدعى (م ٢/١٥١ مدني) . ففي التعاقد مع شركة المياه وشركة النور وشركة الغاز يكون العميل مشترياً للمياه والتوزيع والغاز بشروط أمثلها عليه الشركة ، ولا يستطيع هو إلا أن يدعى لها . فإذا كان ذلك غموض في التزامات الشركة ، فسر هذا الغموض ، لا لمصلحة الشركة المديته كما كانت القواعد العامة تقضي فيما قدمناه ، بل لمصلحة العميل إذ هو الطرف المدعى (٢) .

(١) وقد أورد الفقه الفرنسي على هذا النص قديين . أحدهما أنه لا يسرى إلا إذا أُمِرَ القاضي بقواعد أخرى لتفسير عقد البيع ، والقيد الثاني أنه لا يسرى إلا في تفسير الشروط الطيبة المألوفة في عقد البيع فإذا وضع المشتري شروطاً استثنائية لمصلحته وجب الرجوع إلى القواعد العامة وتفسير هذه الشروط لمصلحة البائع (أوبري وردو • فقرة ٣٥٣ هامش رقم ٣ - بودري وسبينا فقرة ٢٨١ - بلانجول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨) . ومنعوه إلى هذه المسألة فيما يمل (انظر فقرة ٢٢٥ في هامش) .

(٢) انظر في مسألة تفسير العقد الوسيط ١ فقرة ٣٨٦ - فقرة ٤٠٥ .

§ ٢ - الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والعربون

٢٥ - صرحت تمبريز بالبيع النهائي : فرضنا فيما قدمناه أن المتابعين قد عقدوا العزم على التابع ، فأبرموا عقد بيع نهائي . ولكن يقع كثيراً أن يبرم المتعاقدان مرحلة تمهيدية ، تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى البيع النهائي . وهذه المرحلة التمهيدية نفسها متدرجة ، فقد تكون مجرد وعد بالبيع ، وقد تصل إلى أبعد من ذلك فتكون بيعاً ابتدائياً ، وتبرأ ما يقتزن بالبيع الابتدائي عربون يميز للعائد الرجوع في البيع . وقد سبق أن استعرضنا هذه المرحلة التمهيدية في التعاقد بوجه عام (١) ، ونطبق هنا الأحكام التي سبق أن فصلناها في العقد على عقد البيع بالذات .

فنتعرض : (أولاً) الوعد بالبيع (ثانياً) البيع الابتدائي (ثالثاً) البيع بالعربون .

أولاً - الوعد بالبيع

٢٦ - صرحت تمبريز بالبيع : قد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع نهائي ، بل على مجرد وعد بالبيع . والوعد بالبيع له صور ثلاث :

(الصورة الأولى) الوعد بالبيع من جانب واحد (promesse de vente) . وفي هذه الصورة يعد صاحب الشيء المتعاقد الآخر أن يبيع منه هذا الشيء إذا رغب الآخر في شرائه في مدة معينة . فيكون صاحب الشيء هو الملتزم وحده بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، أما الطرف الآخر فلا يكون ملتزماً بالشراء ، بل هو حر إن شاء أظهر رغبته في الشراء فيتم البيع النهائي ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع ، بل ويسقط الوعد بالبيع .

(الصورة الثانية) الرعد بالشراء من جانب واحد (promesse d'achat) .
وفي هذه الصورة بعد المتعاقد الآخر صاحب الشيء أن يشتري منه هذا الشيء
إذا رغب الأول في بيعه في مدة معينة . فهذه ، كما نرى ، الصورة العكسية
للصورة الأولى . ويكون المتعاقد الآخر هو الملتزم وحده بالشراء إذا رغب
صاحب الشيء في بيعه ، أما صاحب الشيء فلا يكون ملتزماً بالبيع ، بل هو حر
إن شاء أظهر رغبته في البيع فيتم البيع النهائي ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه
الرغبة فلا يتم البيع بل ويسقط الوعد بالشراء .

(الصورة الثالثة) الوعد بالبيع والشراء (promesse de vente et d'achat) ،
وتحتها حالتان ، حالة الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد وحالة الوعد
بالبيع والشراء من الجانبين . ففي الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد
يجتمع الوعد بالبيع ملتزماً لجانب صاحب الشيء دون المتعاقد الآخر ، والوعد
بالشراء ملتزماً للمتعاقد الآخر دون صاحب الشيء ، أى تجتمع صورتان
المتقدمتان . فيكون صاحب الشيء ملتزماً ببيعه إذا أظهر المتعاقد الآخر رغبته
في الشراء في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الرعد بالبيع
كما قدمنا . ويكون ، من ناحية أخرى ، المتعاقد الآخر ملتزماً بالشراء إذا أظهر
صاحب الشيء رغبته في البيع في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط
الرعد بالشراء كما قدمنا . ونرى من ذلك أن هناك احتمالاً في هذه الحالة أن كلا
من صاحب الشيء والمتعاقد الآخر ، الأول لا يظهر رغبته في البيع والثاني
لا يظهر رغبته في الشراء ، فيسقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء في
وقت واحد . وهذا بخلاف الوعد بالبيع والشراء من الجانبين ، فهذا وعد
ملتزم للجانبين وهو بيع كامل ، وليس هو اجتماع وعد بالبيع ملتزم لجانب واحد
ووعد بالشراء ملتزم لجانب واحد ، وسنرى تفصيل ذلك فيما يلي :

١ - الوعد بالبيع من جانب واحد

٢٧ - أمثلة عملية: بمحدث كثيراً أن يجد الشخص نفسه في حاجة
إلى الحصول من آخر على وعد بالبيع دون أن يتفقد هو بالشراء .

فالمستأجر المداير قد يقوم منده احتمال في أن يشترها ، ولكنه لا يريد أن يتخذ بالشراء منذ البداية ، إما لأنه يريد تجربة المداير وقتاً كاملاً وهو يسكنها كمتأجر ، وإما لأنه في حاجة إلى وقت لتدبير الثمن المداير وقد لا يستطيع تدبيره ، وإما لأي سبب آخر . ففي هذه الحالة يحصل ، إذا استطاع ، من صاحب المداير على وعد ببيعها منه إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء في مدة معينة تكون غالباً هي مدة الإيجار . فينتفع للمستأجر الوقت لتجربة المداير أو لتدبير الثمن ، وقد لا تعجبه المداير أو لا يتيسر له تدبير الثمن ، فلا يظهر رغبته في الشراء . ومن ثم يسقط الوعد . أما إذا أعجبه المداير أو تيسر له تدبير الثمن فما عليه إلا أن يبدى رغبته في الشراء فيتم البيع (١) .

وقد يقع أن شخصاً يريد إنشاء مصنع على أرض معينة ، فيستأجرها من صاحبها ويقيم عليها المصنع . ويحصل في الوقت ذاته على وعد من صاحب الأرض ببيعها منه في مدة معينة إذا رغب في شرائها . فإذا هو غير ائمان اللازم للشراء ، أبدى رغبته في أن يشترها لثم البيع ، وقد أتبع له بذلك الوقت الكافي لتدبير الثمن .

وقد يقع أن يكون بناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك يقتضى أن يقوم البناء على قطع ، تجاوزة من الأرض لملاك مختلفين ، فيعهد من يريد البناء إلى الحصول على وعد بالبيع من كل مالك على حدة ، حتى إذا اكتمل له وعود من جميع الملاك ، أبدى رغبته في الشراء ، فيتم البيع في جميع الأراضي اللازمة للبناء .

(١) ويطلب كما قدما أن تكون مدة الوعد بالبيع هي مدة الإيجار ، فإذا تمت الإيجار تمت الوعد بالبيع ، أما إذا انتهت مدة الإيجار فإن مدة الوعد تنتهي حتى لو تجدد الإيجار مجدداً . فإما التجدد يعتبر إيجاراً جديداً ، وذلك ما لم يرد في الطرفان الوعد لمدة الإيجار الجديد . وإذا انقضى الإيجار بسبب هلاك المدين أو زواله لم يفسخ الوعد بالبيع ، بل يبقى على كونه حتى يتم إعادة البناء ، وفي حالة تأجيل المدين عن البناء ، فلا الوعد تاماً لمصلحة المستأجر الأصل لا لمصلحة المستأجر عن الباطن (بلانزول وبيير وعالي ١٠ - فقرة ١٠٠ - ثارن لأخاد أنور حاليان فقرة ٥) . وقد يقع أن يمتنع المدين عن بيع الأرض ببيعها ، ويطلب المدين أن يبرأ من ماله ، فإذا أكل المدين كانت له المدين ، وإذا لم يبرأ ما دونه زيادة من الأجرة (بلانزول وبيير وعالي ١٠ - فقرة ١٧٦) .

ويمكن الاكثار من هذه الأمثلة العملية التي يحتاج فيها الشخص إلى الحصول على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء (١). وفيها جميعاً يكون الوعد بالبيع

(١) فن هذه الأمثلة العملية : شركات البناء المغارية تضمن حقوق الإيجار الصادرة منها وعداً ببيع الدين إلى المستأجر - تلجأ الشركات الصناعية إلى الحصول من الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها ضماناً لتوسيع المصانع - مستأجر لأرض زراعية يحصل على وعد ببيعها قبل أن ينفق في إصلاحها مصروفات كبيرة - شركة تبحث عن معادن في أرض فتحصل من صاحب الأرض على وعد ببيعها إذا عثرت على المعادن .

وقد قضت محكمة مصر الاستئنافية بأنه إذا تعمد المشتري من الحكومة في عقد البيع بأن يرد إليها كل أو بعض ما اشتراه منها في نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه إذا لزم للشفعة العامة ، فهذا الشرط إنما هو شرط شخصي يترتب عليه حق عيني ، وهو يعتبر بمثابة وعد بالبيع موقوف تنفيذ على إرادة أحد المتعاقدين (٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤٢ ص ١٠١) .

وقد يحول سبب دون تقدم شخص للزيادة بنفسه ، فيتفق مع آخر على أن يتقدم هو للزيادة . ثم أن يحصل منه على وعد ببيع العين إذا رسا مزاها عليه . ويجب التمييز بين هذه الصورة وصورة الدخول في المزايا باسم مستعار . وقد قضت محكمة النقض بأن تحدى المدين بأن من استخدمه للدخول في المزايا يعتبر في القانون نائباً عنه بطريق إعارة الاسم ، وأن المار اسمه لا يملك في حق الأصل - هذا التحدى محله أن يكون الثابت في الدعوى أن من رسا عليه المزايا كان عند رسر المزايا عليه معيراً اسمه . أما إذا كان الثابت أن الراعي منه المزايا إنما وعد المدين بأن يبيع له الأطنان عند رسر المزايا عليه إذا دفع له الثمن والمصروفات ، فذلك لا يصح التحدى به في إنكار الملكية على الراعي عليه المزايا (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة محر ٥ رقم ٣٠٨ ص ٦١٣) .

وقد يرد مدين دائنه بأن يبيع منه عيناً إذا لم يوف الدين في الميعاد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الورقة المحتلف على تكييفها - هل هي ورقة ضد من العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع - مذكوراً فيها أنه " إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول " ، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء . وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد ، وإن تعلق على شرط فاسخ . وإذن فاعتبار تلك الورقة منصفة شرط تمليك الدائن للأطيان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغه عبارتها ، وليس فيه مسخ لمدلولها (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٣) . وفي هذه القضية كان من الممكن أن ينفذ الطرفان على وعد بالبيع يبدأ أثره من وقت حلول الدين وعدم الوفاء به ، وهذا يقتضي أن يكون للدائن الحق في ألا يظهر رغبته في الشراء مؤثراً للمطالبة بالدين . أما على اعتبار أن البيع معلق على شرط واقف هو عدم الوفاء بالدين في الميعاد المحدد ، فهذا يقتضي أن يتم البيع بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط .

عقداً ملزماً لجانب واحد ، هو جانب صاحب الشيء الذى وعد ببيعه . فتتظر كيف ينقذ هذا الوعد بالبيع ، ثم نستعرض الآثار التى تثرب عليها إذا انه قد صحبها .

٢٨ - كيف ينقذ الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد انعقاداً صحيحاً :

وأبنا فى الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠١ مدنى تنص على أن ١ - الاتفاق الذى بعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى ينص على الوعد بإبرام هذا العقد (٢) .

ونرى من ذلك أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ليس مجرد إيجاب من الواعد ، بل هو عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول من الواعد والموعد له (٣) . ذلك أنه قد يتصور أن صاحب الدار مثلاً يصدر منه إيجاب بيع الدار لشخص آخر ويتضمن الإيجاب مدة معينة لقبوله فيكون هذا الإيجاب ملزماً . ولكنه لا يكون الوعد بالبيع الذى نقصده هنا . والفرق بينهما أن الوعد بالبيع وسط بين هذا الإيجاب الملزم والبيع النهائى . ففى الوعد بالبيع يتفق كل من الواعد والموعد له على أن يبيع الواعد الدار إذا أبدى الموعد له رغبته فى شرائها خلال مدة معينة ، فهذا أكثر من إيجاب ملزم لأنه إيجاب قد اقترن به القبول من الطرف الآخر . ولكنه لا يزال دون البيع النهائى ، لأن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد وعد بالبيع . ولذلك يكون الوعد مرحلة دون البيع النهائى وفوق الإيجاب الملزم ، ففى الإيجاب الملزم لم ينتزم الموجب وعداً بالبيع بل التزم بالبقاء على إيجابه المدة المحددة . ثم إن الوعد

(١) فقرة ١٣٤ - فقرة ١٣٤ .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص فى الوسيط ١ فقرة ١٣٤ ص ٢٥١ عاشر رقم ١

(٣) وإذا كان القبول صادراً من الموعد له ، كما هو الحال ، فقبوله لا ينعقد فى ذاته

١ ، ومن ثم قد يكون مجرد انسكوت قبولاً ، وبالأولى قد يكون القبول عسفاً .

بالبائع ، من الناحية العملية ، مرحلة أقوى وأكثر ثباتاً في إلزام الواعد من مرحلة الإيجاب الملزم ، وتكون المدة المحددة للوعد أطول عادة من المدة المحددة للإيجاب الملزم (١) .

ومخلص من المادة ١٠١ مدنى التى تقدم ذكرها أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبائع الاتفاق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للبيع الموعود به . فيجب أن يتفق الواعد والموعود له على المبيع والثمن وعلى جميع شروط البيع التى يريان الاتفاق عليها ، وذلك حتى يكون السبيل مهيأ لإبرام البيع النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له فى الشراء . ويجب أيضاً أن يحدد المتعاقدان مدة يظهر فى خلالها الموعود له رغبته فى الشراء ، حتى إذا انقضت هذه المدة ولم تظهر هذه الرغبة سقط الوعد . ونرى من ذلك أن أقل ما يجب أن يتم الاتفاق عليه لانعقاد الوعد بالبائع هو ما يأتى . (١) العين المراد بيعها ، مع تعيينها التمين الواجب شأن كل مبيع . (٢) الثمن الذى تباع به ، مع تحديده تحديداً كتابياً شأنه شأن ثمن (٢) . (٣) المدة التى يجب فى خلالها على الموعود له أن يظهر رغبته فى الشراء ، وقد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقاً ضمنيّاً ، كما رأينا فى حالة المستأجر الموعود ببيع العين المؤجرة عندما يتبين من الظروف أن مدة الوعد على مدة الإيجار (٣) . فإذا لم ترد المسائل المتفق عليها فى الوعد بالبائع على ما تقدم ، وأبرم

(١) ويقول بودرى وسينيا إن الوعد بالبائع قد يكون فى مرحلة أول مجرد إيجاب من الجانب ، إيجاب يستطيع صاحبه المنول عنه . وقد يقوى عن ذلك فى مرحلة ثانية فيكون إيجاباً اقترن من الطرف الآخر دون أن يقتيد هذا الطرف الآخر بالشراء ، فيكون وعداً بالبائع ملزماً لجانب واحد ، ويلتزم الموجب بوعد ولا يجوز له إحدول عنه ، ولكن القابل لا يلتزم بشئ . وقد يصل فى القوة إل المرتبة العليا فى مرحلة الثالثة ، فيلتزم القابل من جانبه هو أيضاً أن يشتري ، فيكون وعداً بالبائع وبالشراء ملزماً للجانبين ، وهذا يعدل البيع الكامل (بودرى وسينيا فقرة ٤٧) .

(١) وكان بوتيه (البيع فقرة ٤٨١) يذهب ، فى القانون الفرنسى القديم ، إل أن الاتفاق على الثمن ليس لازماً لصحة الوعد ، ويقول البراء فتدبره فى البيع النهائى . ولكن هذا الرأى لم يعمول به فى القانون الفرنسى الحديث (بودرى وسينيا فقرة ٦٨) .

(٢) ولما إذا كان العقد الموعود به لا يحدى تنفيذه عند فوات وقت معين ، فهذا العقد هو الذى يجب فى خلالها لإبرام العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هى المدة المعقولة ، وكان فى تناقض الفرضية ما بينهما من العقد ، جاز الرأى بالبائع ، لأن المدة هى

البيع بعد ذلك بظهور رغبة الموعود له في الشراء ، فان بقية شروط البيع تستخلص من أحكام القانون ، كما هو الأمر في أى بيع آخر . فيكون تسليم المبيع واجباً في الحال ، ويكون الثمن واجب الدفع فوراً . ويكون حق المشتري في الثمار وحق البائع في تقاضى فوائد عن الثمن ومصرفات البيع وكيفية تسليم المبيع وضمان الهلاك وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من المسائل الكثيرة التى يشتمل عليها عقد البيع حاضمة للأحكام التى تسرى على البيع ووفقاً للقواعد التى قررها القانون في هذا الشأن .

ولما كان عقد البيع عقدًا رضائياً كما قدمنا ، فإن عقد الوعد بالبيع هو أيضاً عقد رضائى لا يشترط لانعقاده شكل خاص ، شأنه في ذلك شأن البيع . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدنى تقضى بأنه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل نجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ، فإن عقد الوعد بالبيع لا يدخل في مضمون هذا النص ، إذ لم يشترط القانون لتمام البيع استيفاء شكل معين كما سبق القول . وهذا ما لم تكن في حالة من الحالات الاستثنائية التى يكون فيها البيع شكلياً (١) ، فعندئذ يجب أن يستوفى الوعد بهذا البيع نفس الشكل الخاص الذى يجب أن يستوفيه البيع (٢).

= هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان في تحديدها تكفل القاضى بذلك (الوسيط
فقرة ١٣٤ ص ٢٥٣) - أما في فرنسا فلا يوجد نص - كما يوجد في مصر - يوجب تحديد
المدة فيجوز الوعد بالبيع دون تحديد مدة ، ويتولى القاضى تحديده المدة المدة المعقولة (بودرى
وسينيا فقرة ٧٠ -) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون ضمن شروط الوعد بالبيع الرضائى أنه في حاله ظهور
وهبة الموعود له في الشراء يجب أن يفرغ البيع في ورقة رسمية . وفي هذه الحالة إذا أظهر الموعود
له رغبته في الشراء ، وجب على الراعد أن يشترك مع الموعود له في إعداد الورقة الرسمية التى تبرم
للعقد النهائي . ويكون الوعد بالبيع هنا رضائياً مع أن البيع النهائي شكل ، وذلك لأن الشكل هنا
لم يشترطه القانون بل اتفق عليه المتعاقدان (أنظر الوسيط فقرة ١٣٥ ص ٢٥٣ هامش رقم ٢) .
وإذا امتنع الراعد عن إمضاء الورقة الرسمية لإبرام العقد النهائي ، فن رأينا أن يقوم الحكم في هذه
الحالة مقام العقد مفرغاً في هذه الورقة الرسمية ، إذ الحكم هو نفسه ورقة رسمية . يؤيد ذلك ما جاء
في المادة ١٠٢ مدنى من أنه « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم لكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً
تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ،
قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد » . وهذا بخلاف ما إذا كان العقد الموعود =

ولما كان الوعد بالبيع هو خطوة نحو البيع النهائي كما قدمنا ، فإن شروط بيع - لامن حيث الانعقاد فحسب بل أيضاً من حيث الصحة - تكون مطلوبة في الوعد بالبيع . فتمتع الأهلية بالنسبة إلى الراعد وقت الوعد ، ومن ثم يجب أن يكون الراعد أهلاً للبيع النهائي وقت الوعد ولو فقد الأهلية وقت إبرام العقد النهائي بأن حجر عليه مثلاً . ونعتبر عيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد أيضاً ، فانه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ البيع النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له كما سيجيء . أما أهلية الموعود له فتعتبر وقت البيع النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه أهلية التصرف وقت ظهور رغبته في الشراء ، ذلك أنه لا يلزم بشيء وقت الوعد وإنما يلزم عند البيع النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التمييز - وقت الوعد ، لأن الوعد كما قدمنا عقد وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتعتبر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت البيع النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاه في كل منهما صحيحاً (١) .

ويكفي أن تتوافر مشروعية المحل والسبب وقت البيع النهائي ، حتى لو لم تكن متوافرة وقت الوعد (٢) .

= بإبرامه هو في الأصل وبمحكم القانون عقداً شكلياً كالرهن الرسمي ، وكان الوعد به لم يدرغ في الشكل الرسمي ، فالحكم في هذه الحالة لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضي على الحكم بالتبرؤ (الوسيط ١ فقرة ١٣٩) . وعلة ذلك أن عقد الوعد في حالة الرهن الرسمي عقد شكل لم يستوف الشكل ، والمادة ١٠٢ مدني تشترط كما رأينا أن يكون الوعد بالعقد متوافراً فيه الشكل الواجب قانوناً حتى يقوم الحكم مقام العقد . أما إذا لم يكن هناك شكل واجب قانوناً ، كما هو الأمر في الوعد بالبيع ، فليس هناك ما يحل بأحكام المادة ١٠٢ مدني إذا نحن جعلنا الحكم يقوم مقام العقد ، حتى لو اشترط اتفاقاً أن يكون العقد النهائي رسمياً ، لأن الشروط اللازمة تمام الوعد بالبيع - وليس فيها شرط خاص بالشكل - متوافرة ، وهذا كاف لجعل الحكم يقوم مقام العقد . (١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٧ .

(٢) ولكن الوعد بالبيع ذاته له محل هو إبرام العقد النهائي ، ولذلك يجب أن يكون إبرام هذا العقد ممكناً قانوناً ، فلا يجوز الوعد ببيع حق في تركة مستقبلية . كذلك يجب أن يكون الباعث على النوع - وهذا هو السبب - مشروعاً ، فلا يصح الوعد ببيع سلاح يريد الموعود له لارتكاب جريمة (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٩٣) . لكن إذا وعد شخص ببيع عين مبرتها ، ولم يريد الموعود له رغبته في الشراء إلا بعد أن ورث الواعد العين ، فإن هذا يكون جائزاً

٢٩ - **الاسماء التي تترتب على الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد :**
إذا انعقد الوعد بالبيع صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، وجب في بيان
الآثار التي تترتب عليه التمييز بين مرحلتين : (١) قبل ظهور رغبة الموعود له
في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) بعد ظهور هذه الرغبة أو بعد انقضاء
المدة المحددة دون ظهورها .

٣٠ - **الاسماء التي قد تترتب قبل ظهور الرغبة :** قدمنا أن الوعد بالبيع
عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد بالبيع ، فلا يترتب أى التزام في جانب الموعود
له . والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد هو التزام بعمل (obligation de faire) ،
وهذا العمل هو أن يبرم عقد بيع نهائى مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته
في الشراء في المدة المحددة (١) . ويزى من ذلك أن حق الموعود له في هذه المرحلة
- أى قبل ظهور رغبته - حق شخصى لا حق عينى ، فلا تنتقل إليه ملكية
الشيء الموعود ببيعه . ويترتب على ذلك أمران :

(الأمر الأول) أن الواعد بالبيع يبرم مالكا للشيء الذى وعد ببيعه . فله أن
يتصرف فيه ، وله أن يؤجره وأن يحصل على غلته ، وذلك إلى وقت إبرام البيع
النهائى (٢) . وبسرى بوجه عام تصرف الواعد في حق الموعود له . فإذا كان
الشيء الموعود ببيعه عقاراً ، وباع الواعد العقار من آخر ، وسجل البيع قبل
ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، بل وبعد ظهور هذه الرغبة إذا لم يتمكن
الموعود له من تسجيل البيع النهائى الذى تم بظهور رغبته في الشراء قبل تسجيل
البيع الأول ، فإن تصرف الواعد بسرى في حق الموعود له . أما إذا كان الشيء
الموعود ببيعه منقولاً معيناً بالذات ، وتصرف فيه الواعد قبل ظهور رغبة
الموعود له في الشراء ، سرى التصرف في حق الموعود له وليس لهذا إلا الرجوع

(١) ولا يمتنع على هذا بأن الالتزام يكون إرادياً ، فإن الإرادة هنا هي إرادة الدائن
لا إرادة المدين . هذا إلى أن إرادة الدائن نفسها محوطة بظروف لا تجعل الأمر يتعلق بمسح
الإرادة ، فهو إذا أبدى رغبته في الشراء لابد أن يكون قادراً على دفع الثمن وعلى القيام بالتزاماته
الأخرى (بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣) .

(٢) بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨

بتمويض على الراعد (١) . فإذا كان تصرف الواعد في المنقول قد صدر بعد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، لم يسر التصرف في حق الموعود له . بل اعتبر البيع الصادر له قد أبرم أولاً فتنتقل إليه ملكية المنقول . وهذا كله من مراعاة القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، فإذا تصرف الموعود له في المنقول ، سواء كان هذا قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء أو بعد ظهور هذه الرغبة ، فأيهما تسلم العين أولاً - الموعود له أو من تصرف له الواعد - يكون مالكاً للعين إما بموجب عقد البيع النهائي وإما بموجب الحيازة ، ويرجع الآخر بتمويض على الواعد .

(الأمر الثاني) أنه إذا هلك الشيء الموعود ببيعه قضاء وقدرأ ، تحمل الواعد تبعه هلاكه (٢) ، لأنه هلك قبل التسليم كما يكون الأمر لو أن البيع النهائي

(١) وهذا كله ما لم يستطيع الموعود له أن يظن في تصرف الواعد بالدعوى البولصية ، بأن أثبت راطو الواعد مع التصرف له على الإضرار بحقه ، أو كان التصرف تبرعاً حيث لا يحتاج الموعود له إلى إثبات التواطؤ (الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٩) . رغب من البيان أنه لم تصرف التصرف له سيء النية لم تصرف له ثان وكان هذا حسن النية ، لم يملك الموعود له التمس في التصرف الأخير لأن التصرف له الثاني حسن النية . وذلك وفقاً لقواعد الدعوى البولصية (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٩١ هامش رقم ٥ - الأستاذ أنور سدان فقرة ٧٩ ص ١٠٣) .

ويذهب الأستاذ جيل الشرقاوى إلى اقتصار حق الموعود له على استحقاق التمويض من المتصرف فيه إذا كان سيئ النية ، بجانب مسئولية الواعد القائمة على تعاقده ، فالحكم بالتمويض هو الجزاء الوحيد الجائز التطبيق . أما جعل عدم نفاذ التصرف من صور التمويض في نظره على خلط بين نظام التصرف القانوني ونظام المسئولية (الأستاذ جيل الشرقاوى فقرة ٢٢ ص ٧٥ - ص ٧٦) . ويشك الأستاذ عبد المنعم البدرأوى في إمكان جعل التصرف غير نافذ في حق الموعود له ، فإن المشتري إذا تمكن من تسجيل عقده قبل أن يسجل الموعود له البيع النهائي ، لم يستطع الموعود له أن يحتج على المشتري بأنه كان سيئ النية وقت أن سجل عقده (الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٩٩) .

(٢) وإذا تخلف عن هلاك الشيء أو نزع ملكيته شيء يقوم مقامه - التمويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو التمويض عن نزع الملكية - فهل يحل هذا الشيء حلولاً عينياً محل الشيء الموعود له : يجب الفقه الفرنسي بالنفي ويذهب إلى سقوط الوعد (بلانيول وريبير وهامل ص ١٧٨) ، ولكن الفقه الفرنسي يقول بالحلول العيني (نقض فرنسي ١٩ يونيو سنة ١٩٢٤ صيريه ١٩٢٧ - ١ - ٥٨ - وانظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أنور سلعان فقرة ٧٦ ص ٩٩ والأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٠١ ص ٥١ - ص ١٥٢) .

قد أبرم ، بل لأن الواعد لا يزال هو المالك والأصل أن الشيء يهلك على مالكه .
وكهلاك الشيء نزع ملكيته ، بنحمل الواعد تبعته (١) .

٣١ - الآثار التي تنزب بعد ظهور الرغبة أو بعد انقضاء المدة
دونه ظهورها : وننتقل الآن إلى المرحلة الثانية ، وفيها يقع أحد شيئين :
(١) إما أن يظهر الموعد له رغبته في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) وإما
أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

ففي الحالة الأولى تظهر رغبة الموعد له في الشراء صراحة أو ضمناً ،
بشرط أن يكون ذلك في المدة المحددة . وتظهر الرغبة ضمناً فيما إذا تصرف
الموعد له في الشيء الموعود ببيع أو بإيجار أو غير ذلك ، مما تستخلص منه نيته
في أنه اعتبر الشيء مملوكاً له فنصرف به على هذا النحو . فإذا ظهرت رغبة
الموعد له في شراء الشيء الموعود به ، فإن البيع الهائي يتم بمجرد ظهور هذه

١ - أما إذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، ومع ذلك أبدى الموعد له رغبته في شرائه ، فللواعد أن
يلزمه بكل البقية (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦ ص ٩٩ - ص ١٠٠ - الأستاذ سليمان مرقس
فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ محمد كامل حري فقرة ٤١ ص ٧٠ . وقارن الأستاذ عبد المنعم
البدراوى فقرة ١٠١ ص ١٥١ والأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ١٠) .

(١) بودرى وصينيا فقرة ٦٧ - فقرة ٦٧ مكررة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز
بمثال أن يحسب على الواعد نزع ملكية بعض الدين للمنفعة المسماة ، لأن نزع ملكية المبيع يجرى
عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتماً على المالك ، وبمك اللزوم العقل لا يصح من الواعد بالبيع
(نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر رقم ٨٤ ص ٢٤٠)

هذا وإلى جانب الأمرين الذين ذكرنا - استبقاء الواعد للملكية وتحمله ثمة الهلاك - يجوز
أيضاً للموعد له أن يحول حقه الشخصي في دية الواعد إلى محال له وفقاً لقواعد حرقه الحق
(بودرى وصينيا فقرة ٦٩ - ملايول وريبير وعامل ، اقرة ١٧٨ - أوبري ورو ، فقرة ٢٨٩
ص ٧) . وإذا نزع ملكية العين الموعود ببيعها للمنفعة العامة ، كان التصويض للواعد
لا للموعد . والموعد له أن يطالب ببيع الواعد من القيام بأعمال تحول دون إبرام البيع النهائي ،
كمنع من هدم الدار الموعود ببيعها . وللموعد له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة باسم الموعد ،
فيرفع دعوى المساواة ويقطع التقادم ، وله أن يطالب بتعيين مارس على تعيين الدية إذا شرع
الواعد في هدمها (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٦) .

(لموسيط - ص ٥)

الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديده من الواعد (١) . وبعتبر البيع النهائي قد تم من وقت الرغبة لا من وقت الوعد ، على أساس أن ظهور الرغبة بعد إيجاباً من جانب الموعود له ، وهو إيجاب مقبول من الواعد فقد التزم هذا أن يقبله بمرح الوعد الصادر منه (٢) . ويتم البيع النهائي ، على هذا الوجه ، من وقت ظهور الرغبة (٣) . والأمر واضح ، وإذا كان الشيء الموعود ببيعه عيناً منقولة

(١) استئناف مختلط أول يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ - ٤١٢ - بودرى وسينيا فقرة ٧٠ مكررة .

وإذا اشترط في الوعد أن الموعود له يجب أن يدفع الثمن فوراً عند ظهور رغبته ، فظهور الرغبة غير المصحوب بالثمن لا يعتد به (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٦) . وإذا ارتفعت قيمة الشيء مما كانت عليه وقت الوعد ، لم يلزم الموعود له أية زيادة في الثمن . فإذا كان ارتفاع القيمة رجاءاً إلى زيادة من المبيع أجراها الواعد دون اتفاق مع الموعود له ، اعتبر الواعد في حكم من أحدث هذه الزيادة بسوء نية في ملك الغير (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ كامل مرسى فقرة ٥١ ص ٧٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ٩٤ هامش ٣ - الأستاذ محمد حى لمعيسى ص ١٩٧) . ويكون للموعود له الحق في ثمرات المبيع من وقت ظهور رغبته في الشراء لا من وقت صدور الوعد بالمبيع (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ٢٧ ص ٢٧) .

(٢) فقبول الواعد ليس إذن إلا تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمته بموجب الوعد بالمبيع ، فقد التزم بعمل هو إبرام البيع النهائي ، أى قبول الرغبة التي يظهرها الموعود له في الإرادة ، وإذا نازع الواعد في وقوع البيع ، حكم القاضي بوقوعه ، وقام حكمه مقام تنفيذ التزام الواعد ، لأن الالتزام من الالتزام بدليل نسيح طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ (م ٢١٠ مدني) . وقد نصت المادة ١٠٢ مدني صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ الوعد ، وكانت للشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المنقضى به مقام العقد » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً لنص أهم هو المادة ٢١٠ مدني ، إذ تقول : « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٦ ص ٦٩ . وانظر في الفقه الفرنسي أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٠ - بودرى وسينيا فقرة ٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ .

(٣) ويجب استبعاد أن يكون الوعد بالمبيع بيعاً مطلقاً على شرط ، إذ أن الموعود له لم يرتبط وقت الوعد أن يشترى ولو تحت شرط ، ومن ثم لا يكون لظهور رغبته في الشراء أثر رجعي (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤) . كذلك يجب استبعاد أن يستحيل التزام الواعد ، وهو التزام بعمل كما قدسنا ، إلى تعويض ، إذ هو التزام قابل للتنفيذ =

معينة بالذات ، ككتاب أو سيارة أو جهاز أو آلة ، فإن البيع النهائي يعتبر قد تم بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، وتنتقل ملكية العين إلى الموعود له الذي أصبح الآن مشترى ، ويلتزم هذا بدفع الثمن المتفق عليه للواعد الذي أصبح الآن بائعاً ، وتسرى أحكام البيع في سائر المسائل . أما إذا كان الشيء والموعود بييمه عقاراً ، فالبيع يتم أيضاً بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل . فعلى البائع (الواعد) أن يقوم بالأعمال الواجبة لكتابة العقد والتصديق على إمضائه حتى يكون العقد معداً للتسجيل ، فإن هو امتنع من ذلك أو نازع في أن العقد النهائي قد تم جاز للمشتري (الموعود له) أن يحصل على حكم بنبوت البيع يقوم مقام العقد ، ومنى سجل هذا الحكم انتقلت الملكية إليه (١)

وفي الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في الشراء ، تحلل الواعد من وعده وسقط الوعد (٢) ، وصار الواعد في حل بعد ذلك أن يتصرف في الشيء لمن يشاء . وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو أظهر الموعود له رغبته في الشراء ولكن بعد انقضاء المدة المحددة . كذلك يكون هذا هو الحكم لو أن الموعود له ، حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، أعلن عدم رغبته في شراء الشيء الموعود به ، ولو ضمناً كأن تعامل مع الواعد في الشيء على اعتبار أن الواعد هو المالك المستقر فاستأجره منه مثلاً لمدة تجاوز مدة الوعد . ذلك أن إعلان

= المعنى من طريق صدور حكم قضائي (بودى وسينياقرة ٦٤ - فقرة ٦٦ - بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ - جوران ٢ نشرة ١٠٧٣) .

هذا ويجوز أن يقضى الحكم الصادر بوقوع البيع بتحويل الموعود له عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم مبادأة الواعد إلى الإضرار بالتزامه (بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢)

(١) وإذا كان الوعد بالبيع - كما يقول الأستاذ سليمان مرقس - مدوناً في محرر يحمل توقيع الواعد توقيعاً مصدقاً عليه ، جاز للموعود له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع ، بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه وإقراراً به مصدقاً عليه أيضاً بقبول الشراء بناء على الوعد ، فيقوم تسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨) .

(٢) ذلك دون حاجة لأن يطر الواعد الوعد له (نقض مدني ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٢٤) .

للاّ عود له علم رغبه في الشراء يكون بمثابة رّول منه عن حقه التي استعمل
من الوعد (١).

٢٢- الوعد بالتفصيل : وهناك صورة خاصة من الوعد بالبيع للزعم

لجانب واحد من الوعد بالتفضيل (pacte de préférence) . وفي هذه الصورة لا يلتزم الواعد في وعده أن يلتزم ببيع الشيء إذا أظهر للموعد له رغبته في شرائه ، وإنما يلتزم ، إذا هو رغب في بيع الشيء أن يعرضه أولاً على الموعد له تفضيلاً له على غيره ، فإن قبل الموعد له شرائه تم البيع . قالني يميز هذه الصورة عن الصورة الأخرى في الوعد بالبيع أن الواعد لم يلتزم ببيع الشيء ، وكل ما يلتزم به هو أنه إذا رغب في بيع الشيء وجب عليه أن يعرضه أولاً على الموعد له . فلا يتم البيع النهائي إذن إلا باجتماع أمرين : أن يريد الواعد بيع الشيء وأن يريد للموعد له شرائه (٢) . ويكون التزام الواعد بعرض الشيء على الموعد له سلفاً

[illegible]

(۳) ومن الرشقة قسماً فرعه واحد من أن يكونه شجره دلو في طبقه بزره من ديزه
 حب و بصره من شمس آخر من ديزه و ان يكونه دلو في طبقه حب و بصره
 و من رشقه دلو في طبقه حب و بصره و ان يكونه دلو في طبقه حب و بصره

على شرط أن يريد بيعه، ولا يقال إن هذا شرط لإرادى محض من جانب المدين ،
فإن إرادة الواعد بيع الشيء ليست إرادة محضة ، بل هي متصلة بظروف خارجية
قد تدفعه أن يمتنع عن بيعه مع شدة رغبته في ذلك ، فالشرط إذن شرط مختلط
وليس شرطاً إرادياً محضاً (١) .

وينتقد الوعد بالتفضيل على النحر الذى يتعقد به الوعد بالبيع الملزم

الشخص الآخر على وعد بالشراء ، فإن هذه الحالة تختلف عن حالة الوعد بالتفضيل المتقدمة
من وجهين : (أولاً) حالة الوعد بالشراء لا يكون صاحب الدار ملزماً ببيعها من الشخص
الآخر بل يجوز له أن يبيعها من غيره ، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل فإن صاحب الدار يكون
ملزماً ببيع الدار على الشخص الآخر إذا أراد بيعها . (ثانياً) في حالة الوعد بالشراء
يكون الشخص الآخر ملزماً بالشراء إذا عرضت عليه الدار ، بخلاف حالة الوعد بالتفضيل
فإنه لا يكون ملزماً بذلك .

وهناك نقطة عملية أخرى للوعد بالتفضيل : يحصل المتأجر من المزجر على وعد بتفضيله إذا
أراد هذا بيع العين المتزجرة - يحصل المشتري المتأجر من البائع على وعد بتفضيله في عقار آخر
ملوكه قبائع إذا أراد هذا بيعه - يبيع شخص عينا من آخر ويتفق مع المشتري على أنه إذا أراد
مشتري أن يبيع لغير واحد عنه أن يبيعها له ، وهذا ما يسمى بالوعد بإعادة البيع
بالمعنى المذكور في المادة ١٠٠٠ - يجوز بوجوب الوعد بمدة ٧٠ مكررة في الباب - بلانويو وريبير
في ص ١٠٠ بقرة ١٠٠٠ - أستاذ طبقات مرقس بقرة ١٠٠٠ .

(١) مرقس وريبير بقرة ٧١ مكررة - بلانويو وريبير وهذا في ١٠ بقرة ١٠٠٠ - راجع
الأستاذ في خطه الجراوى - في أن مسألة تسمى من ٢٠٠ - بل أن الوعد بالتفضيل هو
في الحقيقة وعد ببيع في طريق التكرير معين فيه من أن يبيع الأمانة وهذا مستبعد
- فكيف من قوله حقاً ، شراء ولو من غير شرط ، ولكنه كسب عند بخود مع القواعد من
الوعد مع اليوم . وعرضت على الوعد بالبيع إذا قرر الوعد ببيع الدار ، فليس صحيحاً مستبعد
في مكررة - بل الوعد بالبيع - وعلى أنه هذا الحق في الشراء فهو لا يثبت إلا من - الوقت
الحد من رجوع ، على ذلك ، كما يجب أن يثبت منطبقاً على أحد الوعد بالتفضيل وعدا
منع من هو شرط وقت (الأستاذ في خطه مرقس بقرة ١٠٠٠ - بقرة ١٠٠٠)

رسم الشراء من هذا الوجه أن إلزام الوعد بالتفضيل ليس التزاماً مطلقاً على شرط الوقت ،
بل هو التزام - بل يستحق إذا وعد الواعد في بيع الدار - بل يتم بوجوب الالتزام كذا من
الوقت في البيع لا من وقت صدور الوعد ، وهذا في قوله الأستاذ في الوعد هو - كما
وحدد الوعد في بيع لا يثبت صدور الوعد ، وهذا ما استبعدت من اشتراطها ، كما ترى ،
من أن إلزام الوعد هو التزام احتمالي لا التزام معتق على شرط وقت . هذا خاصة في ما
أشارت ، كما نبهنا الأستاذ في الخط الجراوى ، فإن الالتزام بالبيع من الوعد بالتفضيل ليس
تزاماً مطلقاً بل التزاماً مشاعاً على غير .

لجانب واحد ، فيجب أن يكون مشتملا على الشيء الموعود به والتمن الذي يباع به والمدة التي يجب في خلالها أن يمرض الواعد الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه (١) . وكل ما قلنا في انعقاد الوعد بالبيع وفي صحته يقال هنا .

والأثر الذي يترتب على الوعد بالتفضيل ، في المرحلة السابقة على عرض الشيء الموعود ببيعته ، هو نشوء التزام شخصي في ذمة الواعد بأن يمرض الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه . وهو مجرد التزام شخصي يترتب عليه كما في الوعد بالبيع فيما قدمناه ، أن يبقى الواعد لكأ للشيء (٢) . وأن الشيء إذا هلك أو زعت ملكيته تحمل الواعد تبعه ذلك دون أن يلتزم بضمان للموعود له .

والأثر الذي يترتب ، في المرحلة الأخيرة ، أنه إذا أراد الواعد بيع الشيء في المدة المحددة ، وعرضه على الموعود له فقبل شراؤه ، تم البيع النهائي في المنقول وفي العقار على الوجه الذي يبتاه في الوعد بالبيع . وإذا رفض للموعود له شراؤه ،

(١) ويمكن وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ألا يحدد المتعاقدان لا التمن ولا المدة ، فيقتصر الواعد على أن يلتزم بأنه في أي وقت يمتزم ببيع الشيء يعرضه أولاً على الموعود له ليشتره بالتمن الذي يمكن به بصفة غير (بودرى وسبينا فقرة ٧١ مكررة) . أنظر في عدم لزوم تحديد المدة الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ١٠٢ ، وعلى العكس من ذلك في أن تحديد المدة واجب الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٠ والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٧ .

ويطلب في الوعد بالتفضيل ألا يجوز للموعود له التزول من حقه لأن شخصه على اعتبار صفة الواعد . ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من أن يشترط الموعود له جواز التزول من حقه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٨ ص ٢١٨) . وإذا مات الواعد انتقل التزامه إلى ورثته ، فإذا كانت الورثة قصراً قامت صعوبة في تحديد التمن إذ الثالب أن مال الفاسر يباع بالمزاد العلني ، فإذا وضع شرط التفضيل في دفتر الشروط أحجم الناس من المزايدة (أنظر في أن الوعد بالتفضيل لا يكون إلا في البيع بالممارسة ولا يجوز في البيع بالمزاد أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٢ مكرر ٩) .

(٢) فإذا تصرف فيه لغير الموعود له نفذ تصرفه ، ولكن يرجع الموعود له بتعويض على الواعد . فإذا كان الواعد متواطئاً مع من تصرف له في الشيء ، وأمكن الموعود له الطعن في التصرف بالنسبة البولسية ، كان التصرف غير نافذ في حق الموعود له (بودرى وسبينا فقرة ٧١ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٥) .

ولكن إذا تصرف الواعد في الشيء بغير البيع ، بأن وهبه أو قابض عليه أو دفعه حصّة في شركة ، لم يكن للموعود له حق في أخذه ، بل ولا في التعويض ، إذ التزام الواعد مقصور على حالة التصرف بالبيع (بودرى وسبينا فقرة ٧٢) .

أو انقضت المدة المحددة دون أن يريد الواعد بيع الشيء ولو أراد البيع بعد ذلك ، أو أعلن الموعود له رغبته في تحليل الواعد من التزامه ، فإن الوعد بالتفضيل يسقط ، ويتحلل الواعد من الالتزام الذي ترتب في ذمته بموجب الوعد بالتفضيل . وقد قدمنا كل هذه الأحكام تفصيلاً في الوعد بالبيع .

ب - الوعد بالشراء من جانب واحد

٣٣ - أمثلة هملية : يحدث أن يجد صاحب الشيء نفسه في حاجة إلى الحصول من شخص آخر على وعد بشراء هذا الشيء . مثل ذلك صاحب الدار يتقدم له شخص في شرائها ، وهو لم يبت العزم بعد على البيع ، فيكتفي بالحصول من هذا الشخص على وعد بالشراء فيها إذا بت صاحب الدار العزم على البيع في مدة معينة . أو يكون قد بت العزم على البيع ، ولكنه يريد أعلى ثمن ، فيحصل ممن تقدم له على وعد بالشراء بالثمن الذي يعرضه ، وإن وجد بعد ذلك من يعرض ثمناً أعلى باع الدار منه ، وإلا باعها من الواعد بالشراء . أو يكون قد أراد بيع الدار لشراء دار أخرى ، ويخشى أن يبت في البيع ألا يجد بعد ذلك الدار التي يرغب في شرائها ، فيكتفي بالحصول على وعد بالشراء ، حتى إذا عثر على الدار التي يرغب فيها باع داره واشتراها (١) .

وكثيراً ما يقع أن يتفق صاحب الشيء المعروض في المزاد مع شخص آخر على أن يتقدم هذا في المزاد لإبلاغ الثمن إلى مقدار معين ، فهذا وعد بالشراء من جانب الشخص الآخر ، وعليه أن يتقدم بعبء بهذا المقدار ، فإن زيد عليه لم يلتزم بأن يزيد . فإذا رما المزاد على غيره ، ثم أبطل أو أعيد على من رما عليه ، لم يلتزم أن يتقدم في المزاد الجديد . أما إذا لم يتقدم للمزاد أصلاً ، أو تقدم

(١) ويقع كثيراً أن يحصل السمسار من عميله على وعد بشراء الدار التي يتوسط السمسار في شرائها له ، بشن معين في خلال مدة معينة ، وهذا ما يسمى بالتفويض . فإذا نجح السمسار في حل صاحب الدار على بيعها بهذا الثمن في خلال هذه المدة ، رجع على الواعد بأثره بوعده . ولكن الواعد هنا يلتزم بالشراء نحو السمسار لا نحو صاحب الدار ، فإذا أخل بوعده ولم يشتر الدار رجع السمسار عليه بالتفويض وهو مقدار السمرة التي فات عليه ، ولا شأن لصاحب الدار بالوعد .

ولم يبلغ الثمن المقدار المتفق عليه ، فرسا المزاد بضمن أقل ، ألزم بالفرق على سبيل التعويض لأنه يكون قد أحل بوعده (١) .

٣٤ - كيف ينقذ الوهم بالشراء المتزعم لجانب ١٠ انعقاداً صحيحاً :

هنا أيضاً نطبق المادة ١٠١ مدني التي سبق ذكرها (٢) ، فيشترط لاتعقاد الوعد بالشراء الانساق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للشراء الموعود به . فيتفق الواعد بالشراء مع الموعود له على الشيء الموعود بشرائه ، والثمن الذي يشتري به ومدة يتفق عليها صراحة أو ضمناً يظهر في خلالها الموعود له رغبته في البيع ليتم الشراء .

(١) بودري وسينا فقرة ٧٨ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المزروع ملكيته انتفاء لخطر المحازفة ، وسمياً وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تطلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم ، والتزم المشتري بالتدخل في المزاد والمزايدة حتى يصل بالثمن إلى الحد المتفق عليه ، بحيث إذا اضطر إلى الزيادة في الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها ، فإن الدفع ببطان هذا الاتفاق لمخالفة للنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشتري للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس . ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايدين عن محيطها ، بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشتري من المدين بضمن يزيد على الثمن المسمى عما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة ، فضلاً عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه . وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة لردود بأن المتعاقدين مع المدين أسحب بمقتضى الاتفاق المشار إليه في مركز المشتري والمدين في مركز البائع ، ومن حق المشتري الحصول على الزيادة وسببها القانوني هو العقد المبرم بينهما (نقض مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٣ ص ٥٠٧) . وببعض وقائع هذه القضية أنه لو رسا المزاد بأقل من الثمن المتفق عليه فإن المتهم بإرساء المزاد بهذا الثمن كان يدفع الفرق ، فكذلك تكون له الزيادة ، فالعقد احتمالي وهذا هو السبب القانوني .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوعد الصادر من شخص بدخول مزاد وإرساء المزاد عليه هو وعد بالشراء صحيح ، ويلتزم الواعد بالتعويض إذا أحل بالتزامه (١٩ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٤ ص ٣٠٩) . وقضت أيضاً في نفس الحكم بأن من وعد بالدخول على مزاد والمزايدة إلى حد مبلغ معين ، ينقضي وعده إذا أجل هذا المزاد . وقضت كذلك بأن الوعد بالشراء الصادر من محتاجين الأرضين للموهرها يلزمه إلى مدة معقولة ، فلا يجوز للموهر أن يطيل هذه المدة قبل أن يبيع رغبته في البيع إلى حد أن يتناقص من المستأجر أجرة فداني ثمن الأرض (٧ مارس سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ١٠٩) .

(٢) نرا أيضاً فقرة ١٨ .

وكل ما قلناه في خصوص رضائية الوعد بالبيع ، وأهلية كل من الواعد والموعود له ، ومتى تنوافر هذه الأهلية ، وعيوب الإرادة عند كل من الطرفين ، ومشروعية المحل والسبب ، ينطبق هنا على الوعد بالشراء .

٣٥ - الآثار التي تنترتب على الوعد بالشراء قبل ظهور الرغبة :

الوعد بالشراء كالوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواعد بالشراء ، فلا يترتب أى التزام في جانب الموعود له . والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد بالشراء هو أيضاً التزام بعمل (obligation de faire) ، وهو أن يبرم بيعاً نهائياً مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته في البيع في المدة المحددة (١) . فيكون حق الموعود له في هذه المرحلة حقاً شخصياً لاحقاً عينياً ، كحق الموعود له في الوعد بالبيع (٢) . ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - يبقى الشيء مملوكاً للموعود له ، ويستطيع هذا أن يتصرف فيه كما يشاء . ويسرى تصرفه في حق الواعد بالشراء . فإذا باع الموعود له الشيء من آخر غير الواعد ، صح البيع وسرى في حق الواعد . وسقط في الوقت ذاته الوعد بالشراء لأن الموعود له بتصرفه في الشيء لغیر الواعد قد نزل عن حقه في إلزام الواعد بشرائه .

ثانياً - وبديهي أن الواعد بالشراء لا يستطيع التصرف في الشيء لأنه لم تنتقل له ملكيته في هذه المرحلة ، وإذا تصرف فيه كان تصرفاً في ملك الغير ، ولا يسرى تصرفه هذا في حق المالك وهو الموعود له . ولكن يجوز للموعود له أن يجزئ التصرف فيصح ويسرى في حقه ، وهذا هو حكم بيع ملك الغير . كذلك يجوز بعد تصرف الواعد في الشيء أن يبدى الموعود له رغبته في بيعه من الواعد فيتم البيع النهائي ، ويصبح الواعد بموجبه مالکاً للشيء وفقاً لأحكام القانون ،

(١) وليس الالتزام هنا معلقاً على شرط إرادى محض ، وقد بينا هذا عند الكلام في الوعد بالبيع (انظر آنفاً فقرة ٢٩ في الهامش) .

(٢) وقد خص تقنين الموجبات والعقود أمينات الوعد بالشراء بنص واحد هو المادة ٤٩٧ من هذا التقنين : وتجري على الوجه الآتي : « إن الوعد بالشراء الصادر من فريق واحد مباح أيضاً ، ويجب أن يفهم وبفسر كالوعد بالبيع مع التمثيل امتنعى » .

فبعض تصرف الذى صدر منه قبل ظهور رغبة الموعود له فى بيع الشيء . وهذا هو أيضاً سبب بيع ملك الغير عندما يصبح البائع مالكا للشيء الذى باعه قبل أن يملكه .

ثالثاً - إذا هلك الشيء الموعود بشرائه قضاءً وقدرًا هلك على ملك الموعود له ، وتحمل هذا تبعه الهلاك ، إذ الأصل أن الشيء يهلك على مالكة . ولا يستطيع الموعود له بداهة ، بعد هلاك الشيء ، أن يلزم الواعد بشرائه . وكهلاك الشيء انزع ملكيته ، يتحمل الموعود له تبعته (١) .

٣٦ - الالتزام الذى ترتب على الوعد بالشراء بعد ظهور الرغبة

أو بعد انقضاء المرة ووجه ظهورها : وننتقل إلى المرحلة الثانية . فاما أن يظهر الموعود له رغبته فى البيع فى خلال المدة المحددة ، وإما أن تنقضى المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

فى الحالة الأولى ، إذا ظهرت رغبة الموعود له ، صراحة أو ضمناً ، فى البيع فى خلال المدة المحددة ، تم البيع النهائى بمجرد ظهور هذه الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديد بالشراء من جهة الواعد . ويعتبر البيع النهائى قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد ، تنفيذاً للالتزام الذى نشأ فى ذمة الواعد ، فاذا نازع هذا فى تمام البيع استطاع الموعود له أن يحصل على حكم بوقوع البيع يقوم مقام العقد ، وذلك كله على النحو الذى رأيناه فى الوعد بالبيع .

وفى الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته فى البيع فى المدة المحددة ، تحال الواعد من وعده وسقط الوعد . وهذا هو الحكم أيضاً فيما لو أظهر الموعود له رغبته فى البيع ولكن بعد انقضاء المدة المحددة ، أو أعلن عدم رغبته فى البيع حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، فى جميع هذه الفروض يتحلل الواعد من وعده ويسقط الوعد على الوجه الذى بيناه فى الوعد بالبيع (٢) .

(١) وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، وأبدى الموعود له رغبته فى البيع ، كان الواعد بالشراء مخيراً بين أن يشتري مع انقاص الثمن أو أن يمنع عن الشراء . بتاتاً لتفروق الصفقة (الأستاذ أفور سلطان فقرة ٨١) .

(٢) يمكن أن نتصور فى الوعد بالشراء وعداً بالتفضيل كما فى الوعد بالبيع . ويتحقق ذلك لو أن تاجر التجزئة مثلاً تعهد لتاجر الجملة أنه فى حالة احتياجه لسعة معينة يستورد منها =

ج - الوعد بالبيع والشراء

٣٧ - التمييز الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد والوعد

البيع والشراء من الجانبين : قلنا أنه يجب أن نميز هنا بين حالتين :

أولاً - الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد . وفي هذه الحالة يوجد عقدان يقعان على شيء واحد وبين نفس الطرفين . العقد الأول هو وعد بالبيع من صاحب الشيء يرتبط به نحو الموعود له فيما إذا أظهر هذا رغبته في شراء الشيء . والعقد الثاني هو وعد بالشراء يرتبط به الموعود له في العقد الأول بأن يشتري الشيء إذا أظهر صاحبه - وهو الواعد في العقد الأول - رغبته في بيعه . ومن ثم يوجد عقدان ، وعد بالبيع من جانب واحد ووعد بالشراء من جانب واحد ، وقد وقع العقدان على نفس الشيء وتما بين نفس الطرفين (١) .

ثانياً - الوعد بالبيع والشراء من الجانبين . وفي هذه الحالة يوجد عقد

= بالأمثلة على سواء . فيكون تاجر التجزئة ملتزماً ، في حالة احتياجه لشراء السلعة ، أن يمرض كل تاجر الجملة شراعاته أولاً ، فإن قبل هذا توريد السلعة تم البيع النهائي . وليس تاجر الجملة في هذه الحالة ملتزماً بتوريد السلعة ، فهو الموعود له ولم يلتزم بشيء ، والملتزم هو تاجر التجزئة إذا احتاج إلى شراء السلعة . فإذا لم يمرض تاجر التجزئة بالتزامه ، كان مستولاً نحو تاجر الجملة من تعريض يكون عادة هو الربح الذي كان يجب تاجر الجملة لو أنه ورد للسلعة إلى تاجر التجزئة .

وشبهه بدم أن يتعهد المؤلف لناشر أن يكون لناشر الأفضلية في نشر مؤلفه ، أو في نشر طبعة تالية منه ، بالشروط المتفق عليها ، فيما إذا اعتزم إصدار المؤلف مؤلفه . فيكون المؤلف هو الملتزم إذا اعتزم إصدار مؤلفه ، أن يمرض التزام النشر على الناشر أولاً ، فإذا قبل هذا تم عقد النشر النهائي .

ومثل ذلك أيضاً أن تتعهد مدرسة أو مستشفى باستيراد ما عسى أن يلزم من أثاث أو طعام من تاجر معين بالأفضلية على غيره .

(١) نظرية العقد للمؤلف من ٢٦٣ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٧ من ٩٢ من ٩٣ . وقارن الأستاذ عبد المنعم لبيدراوى فقرة ٨٧ - من ١٣١ - الأستاذ جيل الشراقرز فقرة ٣١ من ٧٠ - من ٧١ .

واحد ، التزم بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئاً والتزم الطرف الآخر بأن يشتريه ، فيتم البيع بينهما ملزماً للجانبين على هذا النحو .

٣٨ - الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد : نعرض أن صاحب

الدار يريد أن يحصل على وعد بشرائها إذا أظهر رغبته في البيع ، وكان إظهار هذه الرغبة متوقفاً على أن يعثر على أرض صالحة يشتريها بدلاً من الدار . فتقدم له شخص وعقد معه وعداً بالشراء ، التزم بموجبه أن يشتري الدار بمبلغ معين إذا أظهر صاحب الدار في مدة محددة رغبته أن يبيعها منه . فهنا تم بين الطرفين عقد وعد بالشراء ، على الوجه الذى بيناه فيما تقدم . ونفرض في الوقت ذاته أن الواعد بالشراء يتوقع ظروفاً إذا وقعت تجعل شراءه للدار أمراً هاماً ، كأن ينتقل إلى المدينة التى فيها الدار فينخذ الدار سكناً له . فيحصل من صاحب الدار على وعد بيع الدار لياه إذا أظهر في مدة محددة رغبته في شرائها . فهنا أيضاً تم عقد وعد بالبيع بين نفس الطرفين بالنسبة إلى نفس الدار . وفي هذا الوعد بالبيع الواعد هو صاحب الدار ، وهو الملتزم وحده بهذا الوعد على النحو الذى قدمناه في الوعد بالبيع . أما في الوعد بالشراء فالواعد بالشراء هو الموعود له بالبيع ، وهو وحده الملتزم بهذا الوعد . في مثل هذه الحالة يكون هناك وعد بالبيع من جانب واحد ، يقترن به وعد بالشراء من جانب واحد .

قد يعترض بأن الطرفين في هذه الحالة إنما يتعاقدان على وعد بالبيع وبالشراء ، وأن الوعد بالبيع ملزم لأحد الطرفين ببيع الدار ، والوعد بالشراء ملزم للطرف الآخر بشرائها ، فيكون الوعد بالبيع وبالشراء ملزماً للجانبين ، هذا بالشراء وذاك بالبيع ، ويكون في حقيقته بيعاً نهائياً أبرمه الطرفان . ولكن هذا الاعتراض لا أساس له ، لأن الطرفين لم يريدا هذا الوضع ، وإنما أرادا أن يلتزم أحدهما ببيع الدار إذا أراد الآخر شراءها وتوافرت عنده الأسباب لهذا الشراء ، وأن يلتزم الآخر بشرائها إذا أراد الأول بيعها وتوافرت عنده الأسباب لهذا البيع . والفرق بين الوضعين كبير . والدليل على ذلك أنه في الوضع الذى نحن فيه - الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد - قد لا يتم البيع النهائي أصلاً ، وبكفى لذلك ألا تتوافر الأسباب عند

الطرف الأول لبيع الدار ، ألا يجد الأرض الصالحة التي يشتريها لتحل محل الدار ، فلا يظهر رغبته في البيع في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالشراء وفي الوقت ذاته لا تتوافر الأسباب عند الطرف الآخر لشراء الدار ، ألا ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار ، فلا يظهر رغبته في الشراء في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالبيع . فإذا ما سقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، فإن البيع النهائي لن يتم ، ويكون كل من الوعدين قد أدى الغرض الذي أريد به تحقيقه وسقط بعد أن أدى هذا الغرض . وهذا الوضع يختلف تماماً عن وضع الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين ، كما سنرى .

ومن ذلك يتبين أنه إذا عقد كل من الطرفين مع الطرف الآخر وعدا بالبيع ملزماً لجانب واحد ووعدا بالشراء ملزماً لجانب واحد ، أخذ كل وعد من هذين الوعدين حكمه فالوعد بالبيع ينقذ على الوجه الذي سبق أن قررناه ، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة صاحب الدار بأن يبيعها من الموعود له إذا رغب هذا في شرائها . فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء تم البيع النهائي وأصبح الموعود له مشترياً للدار ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في الميعاد المحدد سقط الوعد بالبيع . والوعد بالشراء ينقذ أيضاً على الوجه الذي بيناه ، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة الواعد بالشراء بأن يشتريها إذا رغب صاحب الدار في بيعها . فإذا أظهر هذا رغبته في البيع في الميعاد - وقد يكون نفس الميعاد المتفق عليه في الوعد بالبيع كما قد يكون أطول منه أو أقصر - تم البيع النهائي ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في البيع في الميعاد المحدد سقط الوعد بالشراء . فالبيع النهائي يتم إذن في أحد فرضين : إما بأن يظهر - ب الدار رغبته في بيع الدار ، وإما بأن يظهر الطرف الآخر رغبته في شرائها . فإذا لم يظهر هذا رغبته في الشراء ، ولم يظهر ذلك رغبته في البيع ، فإن البيع النهائي لن يتم كما سبق القول .

٣٩ - الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين : قدمنا أن الوضع

في الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين يختلف عن الوضع السابق في الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد . ففي الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين - وهذا

هو العقد الابتدائي كما سنرى - يلتزم صاحب الدار ببيعها للطرف الآخر، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه (١). فعندنا هنا عقد واحد ملزم للجانبين، أما في الوضع السابق فيوجد عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد. ولما لا بد أن يتم البيع، بل هو قد تم فعلا فقد التزم صاحب الدار ببيعها والتزم الطرف الآخر بشرائها فتم البيع ملزماً للجانبين (٢)، أما في الوضع السابق فقد لا يتم البيع أصلاً كما قلنا.

يبقى إذن أن نعرف لماذا لجأ الطرفان في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين إلى عبارة الوعد وهما في الحقيقة يبرمان بيعاً تاماً؟ السبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات عملية محضة، فقد أراد الطرفان إبرام بيع تام، وسمياه بالوعد لأنهما يعتبران أن هذا البيع التام ليس هو البيع النهائي. فقد يريد المشتري، بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيده هو بالشراء، أن يبحث عن حالة الدار من حيث ترتب حقوق عليها، فإذا ما رآها خالية من التكاليف استبدل بالوعد البيع النهائي، وإلا طلب الفسخ (٣). وقد يريد المشتري، بعد إبرام الوعد على النحو الذي قررناه، أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن، حتى إذا ما دبره أبرم البيع النهائي. وقد يكون الأمر لا هذا ولا ذاك، ولكن تسجيل البيع يقضى لإجراءات تستغرق مدة من الزمن - وبخاصة إذا كان أحد الطرفين قاصراً حيث يضاف إلى إجراءات التسجيل إجراءات الحصول على إذن من المحكمة - ولكن يريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي هو هذا الوعد، وذلك إلى أن تتم الإجراءات اللازمة فيبرما البيع النهائي.

فالوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين هو إذن بيع تام، ترتب عليه كل

(١) ولو ضمنا (استئناف مخطوط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٠).

(٢) استئناف مخطوط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٥.

(٣) ويلجأ المشتري عادة إلى الكشف عن حالة العقار في مصلحة الشهر العقاري، كما يصد إلى تحقيق مستندات ملكية البائع ليسمح حتى يتثبت من أنه مالك لما يبيع (استئناف مخطوط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢١٨ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٩٢ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٧٦).

الآثار التي تترتب على البيع (١). وسنرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في البيع الابتدائي ، لأن هذا الوعد ليس إلا بيعاً ابتدائياً كما قدما . وإلى هذا المعنى تشير المادة ١٥٨٩ من التفتين المدني الفرنسي ، إذ تقول : « الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن » (٢) . وقد اختلف الفقه في فرنسا في تفسير هذا النص ، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يفسرونه بحسب معناه الظاهر ، وهو أنه إذا وعد شخص آخر بالبيع ووعد الآخر الأول بالشراء ، وانفقا على المبيع والثمن ، فهذا هو البيع الكامل . ويستوى أن يبيع الشخص أو أن يعد بالشراء ، وعبرة « الوعد » مادامت منجزة وصادرة من الطرفين لتلزم كلا منهما في الحال لا تختلف عن عبارة « البيع والشراء » (٣) . وإذا كان التفتين المدني الفرنسي قد عني بابرار هذا المعنى الواضح في نص خاص ، فإن ذلك يرجع إلى أسباب تاريخية تتصل بالقانون الفرنسي القديم (٤) .

(١) وإذا امتنع البائع عن تمكين المشتري من التسجيل ، جاز للمشتري إجباره على ذلك برفع دعوى صحة التعاقد (استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) .

(٢) وهذا هو الأصل الفرنسي للنص: Art. 1589 C.C.F: La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

(٣) لوران ٢٤ - فقرة ٢١ - جيوار ١ - فقرة ٧٧ - لاروسبيير ١ م ١١٣٨ - فقرة ١١ - كولييه دي سانتير ٧ - فقرة ١٠ - مكررة ثانياً - أوبري ورو ٤ - فقرة ٣٤٩ - هاش ريم ٧ - بودري وسينيا فقرة ٦٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ١٧٥ - كولان دكايتان ٢ - فقرة ٨٢٤ . أنظر مكس ذلك: تولىيه ٩ - فقرة ٩٢ - ترولون في البيع فقرة ١٢٥ - ماركاديه ٦ م ١٥٨٩ - فقرة ٥ - فقرة ٦ .

وأنظر بلانيول (فقرة ١٤٠٠) حيث ينهب إلى أن المادة ١٥٨٩ فرنسي إنما تعني الوعد بالبيع الملزم لطالب واحد، وأنه يتحول إلى بيع كامل إذا تم الاتفاق نهائياً على المبيع والثمن ورضى المشتري بالشراء ، فيتم الاتفاق عندئذ على جميع عناصر البيع .

(٤) ذلك أن البيع في القانون الفرنسي القديم كان لا ينتقل الملكية بحكم العقد كما قدما ، والتسليم هو الذي كان ينقلها . ثم ألت الناس في التعامل أن يذكروا في عقود البيع أن التسليم قد تم (clause de dessaisine saisine) ، تنتقل الملكية بهذا التسليم لا بالعقد . ثم صارت هذه العبارة من الشروط المألوفة في عقود البيع ، ولو لم يتم التسليم بالفعل ، ذكرت الملكية تنتقل على أساس هذا التسليم الصوري . هذا كله كان يقع في عقد البيع . أما إذا استعمل المتبايعان عبارة الوعد ، فوعد البائع بالبيع ووعد المشتري بالشراء ، فلم يكن مألوفاً في التعامل أن يمتد شرط التسليم الصوري إلى هذا الوعد . فبقى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين لا ينتقل به

ثانياً - البيع الابتدائي

٤٠ - صور نموت للبيع الاجبرائى : قدمنا (١) أنه يمكن أن نتصور

مرحلة ابتدائية فى البيع فى إحدى الصور الثلاث الآتية :

أولاً - يتفق الطرفان على مشروع كامل لعقد البيع ، ولكنهما لا يلتزمان فوراً بهذا المشروع ، فيبقى مشروعاً غير ملزم . ثم يحولان المشروع إلى عقد بيع ملزم فى صورة نهائية ، فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية . وعند ذلك يكون هناك بيع ابتدائى هو هذا المشروع غير الملزم ، يتلوه بيع نهائى هو عقد البيع الملزم الذى أبرماه بعد ذلك . وغنى عن البيان أن هذه الصورة لا تبرز خصائص البيع الابتدائى ولا خصائص البيع النهائى . فالمشروع الذى سماه الطرفان بالبيع الابتدائى غير ملزم لأحد كما قدمنا ، ولا يستطيع أى من الطرفين أن يجبر الآخر بموجب هذا المشروع على إبرام البيع النهائى . ومن ثم يحسن عدم الوقوف عند هذه الصورة وعدم تسمية المشروع بيعاً ابتدائياً ، فهو ليس ببيع أصلاً لأنه مشروع غير ملزم . كذلك يحسن عدم تسمية البيع إذا أبرم تنفيذاً للمشروع بالبيع النهائى ، إذ لم يتقدمه بيع ابتدائى يجعله نهائياً ، بل تقدمه مشروع غير ملزم ، فهو بيع فحسب . وإنما يتميز عن غيره من البيوع بأنه قد سبقته مفاوضات ومساومات انتهت إلى مشروع محدد ، ثم أبرم البيع بعد ذلك دون أن يتقيد الطرفان بالمشروع ، فلهما أن يغيرا فيه ماشاءا ، بل لهما أن يعدلا عنه بتأنا ولا يبرما البيع .

= الملكية ، لا بنفسه لأن العقد كان لا ينقل الملكية ، ولا يحكم شرط التسليم الصورى لأن هذا الشرط لم يكن مألوفاً إدراجاً فى هذه الصورة من البيع . فلما أصبح العقد ينقل الملكية بنفسه فى التقنين المدى الفرنسى ، لم يعد هناك فرق بين البيع والوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجائين ، فالمدى فى الحالتين ينقل الملكية دون حاجة إلى شرط التسليم . فأراد المشرع الفرنسى أن يبرز هذا المعنى ، فأورد نص المادة ١٥٨٩ ليقرر فيه أن الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والتمن ، ويقصد أن الوعد يعدل البيع من حيث إن كلا منهما ينقل الملك إلى المشتري ، خلافاً لقانون الفرنسى القديم حيث كان الوعد لا ينقل الملك (أنظر فى ذلك وفى الأعمال التحضيرية للتقنين المدى الفرنسى - رودى وسينيا فقرة ٦٠) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ٢٢ .

ثانياً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد ، فلا يتقيد صاحب الدار ببيعها إلا إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، ولا يتقيد الطرف الآخر بالشراء إلا إذا أظهر صاحب الدار رغبته في البيع . فإذا رغب الموعود له في البيع أو في الشراء ، تم البيع النهائي على الوجه الذي قدمناه في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد . وعنا يمكن القول إن هناك عقد بيع نهائي هو البيع الذي تم باظهار صاحب الدار رغبته في البيع ، أو باظهار الطرف الآخر رغبته في الشراء . ولكن لا يمكن القول إن هذا البيع النهائي قد سبقه بيع ابتدائي ، وإعما سبقه وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .

ثالثاً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين ، وهذه هي الصورة العملية الصحيحة لما يسمى بالعقد الابتدائي (١) . ويتلو هذا البيع الابتدائي بيع نهائي ، يرم في ميعاد محدد يتفق عليه (٢) . وقد سبق أن استعرضنا الاعتبارات العملية المختلفة التي تدعو إلى إبرام البيع على مرحلتين ، مرحلة ابتدائية ومرحلة نهائية (٣) .

والفرق واضح بين هذه الصورة الأخيرة والصورتين السابقتين . ففي إحدى الصورتين السابقتين قد رأينا أنه لا يوجد في الواقع من الأمر بيع ابتدائي وبيع نهائي ، وإنما يوجد بيع واحد هو الذي أبرمه الطرفان تنفيذاً للمشروع الذي أعد من قبل . والصورة الأخرى ليست إلا صورة الوعد بالبيع وبالشراء

-
- (١) وقد اقتصرنا على هذه الصورة في الجزء الأول من الوسيط عند الكلام في الوعد بالتعاقد ، فجعلنا الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والعقد الابتدائي شيئاً واحداً (الوسيط ، ص ١٢ - فقرة ١٣٩) . ولم نشر هناك إلى الوعد بالتعاقد الصادر من كل الطرفين والملزم لجانب واحد ، وذلك لتعددته في العمل . وقد اتسع له المقام عند الكلام في البيع ، لأنه إذا تحقق عملياً فإنما يتحقق في صورة وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .
- (٢) أما البيع الذي اشترط البائع تمامه دفع الثمن كاملاً أو دفع قسط منه فيجب ألا يكون بيعاً ابتدائياً ، بل هو بيع معلق على شرط واقف (قانون المشتريات بمحظوظ ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ص ٢٥ - ٢٣٥) .
- (٣) من بين هذه الاعتبارات توفير الوقت اللازم للمشتري للبحث عن حالة التنازل المبيع ، أو التثبت من مستندات ملكية البائع ، أو تدوير الثمن ، أو الانتهاء من إجراءات التسجيل (أنظر أيضاً فقرة ٣٩) .

للملزم لجانب واحد . أما الصورة الثالثة ، صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فهذه هي الصورة الصحيحة للبيع الابتدائي .

فتقف إذن عند هذه الصورة الأخيرة لفصل ما يتعلق بها من الأحكام ، وننبه منذ الآن إلى أننا إذا أطلقنا عبارة « البيع الابتدائي » ، فإنما نريد هذه الصورة دون غيرها .

٤١ - البيع الابتدائي في صورة العملية الصحيحة : قلنا إن الطرفين يعتقدان بيعاً ابتدائياً (١) ، ويجددان ميعاداً يتفقان عليه لإبرام البيع النهائي مكتوباً في ورقة عرفية أو في ورقة رسمية (٢) . فننظر الآن في الآثار التي تترتب على هذا البيع الابتدائي ، ثم ننظر ماذا يكون مصير هذا البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي .

٤٢ - الآثار التي تترتب على البيع الابتدائي : إذا كان البيع الابتدائي يعتقد صحيحاً بنفس الأركان وشروط الصحة التي يعتقد بها البيع صحيحاً ، فإنه أيضاً يترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع (٣) . فالبايع قد التزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٤) ، والتزم نحوه بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . والمشتري قد التزم بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . وأهم ما يسترعى النظر في العقد الابتدائي - وهذا ما يميزه عن

-
- (١) أنظر استئناف مخطوط ٦ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٣٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ - ٣ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٣ .
- (٢) وينبغي أن يصاغ البيع الابتدائي بحيث يلتزم فيه البائع أن يبيع والمشتري أن يشتري ، دون أن يذكر فيه لفظ « الوعد » ، شأن البيع الابتدائي في ذلك شأن البيع النهائي . وهذا يدل على أن المتبايعين قصدوا بالبيع الابتدائي بيعاً كاملاً باتاً متجاً لجميع آثاره .
- (٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ، أخذاً بالعرف الذي جرى على إطلاقه هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراعى في تحريرها الأوصاف التي تطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتاً ، متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد أقرم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل العدول (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ، رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) .
- (٤) استئناف مخطوط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٤ .

عقد البيع بمرور عام - أن كل هذه الإجراءات لا يقصد تنفيذها في الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحوير العقد النهائي . إذ المفروض أن المتبايعين ، بتسميتهما العقد بيعاً ابتدائياً ، إنما أرادا أن البيع لا يبطل ، بل يثبت - غير أن ما قد يتفق عليه من عربون - حتى يحمر البيع النهائي ، وأن المشتري لا يبطل ، بتسليم المبيع ولا يبرعه حتى هذا الوقت . ويزيد البيع الابتدائي في آثاره ، أي ينشئ التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في الموعد المتفق عليه (١) .

ويترتب على ما قدمناه نتيجةتان عمليتان هامتان :

(الأولى) لما كان البيع الابتدائي ينشئ كل آثار البيع ، فإن الشفعة تجوز فيه وتستحق من وقت صدوره . فإذا بيع عقار يراً ابتدائياً ، وكان لهذا العقد شفيع ، استطاع الشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور البيع الابتدائي ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت (٢) .

(والثانية) لما كان البيع الابتدائي ينشئ - إلى جانب الالتزامات التي ينشئها البيع عادة - التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في خلال مدة معينة ، وهذا الالتزام هو التزام بعمل ، فإنه إذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر (٣) .

(١) وقد كان من الممكن أن يكيف البيع الابتدائي بأنه سيقف بقتصر على إبرام كل من الطرفين أن يبرم البيع النهائي في موعد معين ، فهو ينشئ في ذمة كل منهما التزاماً بعين (obligation de faire) لا التزاماً بأداء (obligation de donner) . فإذا امتنع أحد عن إبرام البيع النهائي ، استصدر الآخر حكماً يقوم مقام هذا البيع ، على النحو الذي رأيناه في التوبة بالبيع الملزم لجانب واحد (أنظر بدران ١١ فقرة ٣٢) . ومنتهى هذا التكيف أنه لا يجوز الشفعة في البيع الابتدائي ، ولكن القضاء المصري قد استقر على جواز الشفعة به ، ومن ثم يكون التكيف الذي نقول في المتن موافقاً مع القضاء المصري .

(٢) استئناف بمحلف ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ٢٥٠ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ - ١٩ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٤ .

(٣) ومن المبررات أن يجد المشتري العقار المبيع شغلاً محققاً يحمي لم يرد إعادته إليه في بيع الابتدائي ، فيحق لمشتري في هذه الحالة الامتناع عن إبرام البيع النهائي وقض الشفعة له . وقد قضت محكمة الاستئناف المنطقة بأن المشتري أن يمتنع من تحوير العقد النهائي وعن دفع الثمن إذا تبين له أثناء الأجل أن المبيع مثقال ستمون عينة لم يخطوه بها "السابع" (٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ٤٧ ص ١٤٣ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ٤٨ ص ٤٤) . وقضت أيضاً بأن المشتري يمتنع من البيع الابتدائي إذا امتنع البائع عن تقديم التزامه بتسليم مستندات الملكية (٤ يناير سنة ١٩٠٤ م ٤٧ ص ٩٢) .

عن القيام بالتزامه من إبرام هذا العقد ، جاز للطرف الآخر إجباره على القيام بهذا الالتزام . والسبيل إلى ذلك هو أن يستصدر حكماً ضده بوقوع البيع أو بصحة التعاقد ، وهذا الحكم نرم مقام العقد النهائي ، وإذا كان المبيع عقاراً سجل هذا الحكم فنتقل ملكية العقار إلى المشتري بتسجيله (١)

٤٣ - مصير البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي : قدمنا أن كلام الطرفين ملزم بإبرام البيع النهائي ، وأنه يجبر على ذلك باستصدار حكم ضده ، فما هو مصير البيع الابتدائي بعد إبرام البيع النهائي ؟ ينسخ البيع النهائي البيع الابتدائي ويحل محله ، فلا يبقى إلا هذا البيع النهائي لتنظيم العلاقات بين المتبايعين (٢) . ويمكن القول إن إبرام البيع النهائي يكون بمثابة تقايل (٣) من البيع الابتدائي ، فيعتبر البيع الابتدائي كأن لم يكن ، ولا يكون هناك إلا البيع النهائي . وما يترتب على ذلك من النتائج ما يأتي

١ - تاريخ البيع هو تاريخ البيع النهائي ، لأنه هو البيع الوحيد القائم ما بين الطرفين ، ولا عبرة بتاريخ البيع الابتدائي فهذا بيع قد نسخ كما قدمنا (٤) .

(١) وليس هذا إلا تطبيقاً للمادة ٢١٠ مدني إذ تقول : " في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام " .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند وجود بيع رسمي اتفق فيه الطرفان نهائياً على شروط البيع ، يجب أن تزول جميع الاتفاقات والعقود التي سبقت هذا البيع النهائي . فإذا استحدث البيع النهائي تعديلاً في الشروط التي كانت مذكورة في البيع الابتدائي أوفى دفتر العطاء ، فالعبرة بالشروط المعدلة التي استقرت في البيع النهائي (١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦١) . ومع ذلك يمكن الاعتداد بالبيع الابتدائي في تفسير ما غض من الشروط في البيع النهائي ، على أن يكون ذلك مجرد تفسير لا يستحدث حديداً في شروط البيع النهائي ولا يتعارض في شيء مع هذه الشروط (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١١٦) فإذا كان العقد الابتدائي منصوصاً فيه على أن المبيع هو قطعة أرض مقام عليها منزل . ولم يذكر العقد النهائي هذا المأزل على وجه التعمين ، جاز استخلاص اشتغال المبيع على المأزل أيضاً من مراجعة النسخ الابتدائي (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٤ ص ٤٧٢) .

(٣) أما إذا كانت شروط البيع النهائي هي نفس شروط البيع الابتدائي ، فإن البيع النهائي يكون بمثابة تثبيت البيع الابتدائي (قارب بلانيول وريبير وعامل ١٠ فترة ١٧٤) .

(٤) ويترتب على ذلك أن البيع إذا كان واقعاً على عقار ملوئاً لشخص لا تتوافر فيه الأهلية ، فتزوير ما إذا كان الثمن يزيد على الخمس (م ٢٥/٢ مدني) يتكون وقت صدور البيع النهائي لا وقت صدور البيع الابتدائي .

٢ - يجوز أن يختلف البيع النهائي في شروطه عن البيع الابتدائي ، ولكن ذلك لا يكون إلا باتفاق الطرفين . فيجوز أن يتفقا على تعديل في مقدار الشيء المباع ، أو تعديل في الثمن ، أو تعديل في سائر شروط البيع الابتدائي . ولا قيد عليهما في ذلك إلا وجوب اتفاقهما عليه (١) . فإذا امتنع أى منهما عن قبول تعديل في شروط البيع الابتدائي ، التزم الآخر بهذه الشروط دون تعديل ، ووجب عليه إتمام البيع النهائي بالشروط نفسها التي تم بها البيع الابتدائي .

٣ - إذا اتفق الطرفان على أن يكون البيع النهائي مكتوباً في ورقة رسمية ، فإن البيع يكون رسمياً حتى لو كان البيع الابتدائي مكتوباً في ورقة عرفية أو غير مكتوب أصلاً . ومن ثم يستطيع البائع أن ينفذ بالتسليم بموجب الورقة الرسمية التي حررت بالبيع النهائي ، كما يستطيع المشتري أن ينفذ بتسليم المبيع بموجب هذه الورقة (٢) .

٤ - إذا كان البيع الابتدائي قد نسخ كما قدمنا بأثر رجعي ، فإن هذا النسخ لا يجوز أن يمس حقوق الغير . فإذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، بقي حقه في الشفعة قائماً وبشروط البيع الابتدائي ، حتى بعد إبرام البيع النهائي ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي . وإذا كان المشتري بعقد ابتدائي قد آجر العين إلى اشتراها ، بقي ملتزماً بهذا

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة بحرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون انعقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي ، وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه هذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٣ . وانظر أيضاً : نضر مدني ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ . استئناف مخطط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧ : ذكرت ملحقات للأرض في البيع الابتدائي ولكنها لم تذكر في البيع النهائي) . انظر أيضاً الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٥ ص ١٠٩ - استئناف غضاظ ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ . وإذا فلا البيع النهائي من الشرط الجزائي لوارد في البيع الابتدائي ، دل ذلك على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام انقض ٩ رقم ٥ ص ١٦٢) .

(٢) ومن وقت إبرام البيع النهائي ، يستطيع البائع أن يطالب المشتري بالتسليم إذا كان معجلاً ، بل وإن يمتنع عن إبرام البيع النهائي إذا لم يقبض الثمن في مجلس انعقد . وكذلك يستطيع المشتري من هذا الوقت أيضاً أن يطالب البائع بتسليم المبيع ويرديه ، وهذا ما لم يكن هناك عرمان آخر متفق عليه للتسليم ولا اشتراط الرجوع ، أو ما لم يوجد نص في القانون يقضي بغيره .

الإيجار حتى بعد إيداع البيع الابتدائي بالبيع النهائي . وإذا كان المشتري قد تصرف في المبيع ، بنى أيضاً ملزماً بهذا التصرف ، حتى بعد إبرام البيع النهائي .

٥ - ويبدو أن الشفيع إذا غاته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، جاز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي وفي عراعيد هذا البيع . ولكن إذا هو أسقط شفيعته بعد علمه بالبيع الابتدائي ، بأن زل عنها أو ترك المواعيد نفوت ، لم يستطيع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي ، إلا إذا اختلفت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي ، وبخاصة إذا أنقص الثمن . وذلك أن الشفيع إذا كان قد زل عن حقه في أخذ المبيع بالشفعة بشمن معين ، فإن هذا لا يستلزم حتماً أنه قد زل عن حقه في أخذ هذا المبيع بالشفعة بشمن أقل .

ثالثاً - البيع بالعربون

٤٤ - الصورة العمالية للبيع بالعربون : أكثر ما يقع الاتفاق على العربون (arrhes) في البيع الابتدائي في الصورة التي بسطنا أحكامها فيما تقدم . فيبرم المتعاقدان بيعاً ابتدائياً ، ويحددان ميعاداً لإبرام البيع النهائي ، يختلفان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشتري للبائع . فإذا امتنع المشتري عن إبرام البيع النهائي في الميعاد المحدد ، ففسخ العربون الذي دفعه للبائع ، وصقط البيع الابتدائي . وإذا كان الذي امتنع عن إبرام البيع النهائي هو البائع ، ترتب على امتناعه نفس الجزاء المتقدم ، فيسقط البيع الابتدائي ، ويخسر البائع قيمة العربون بأن يرد للمشتري العربون الذي أخذه منه ومعه مثله .

٤٥ - أحكام البيع بالعربون : وقد ورد نص في التماثل بالعربون بوجه عام ، فقد نصت المادة ١٠٣ من التقنين المدني على أن ١ - دفع العربون يثبت إبرام العقد . يجب أن لا يثبت من المتعاقدين الحق في العود عنه ، إلا إذا اتفقا على العود بغير ذلك . ٢ - فإذا عدل من دفع العربون نقداً ، وإذا عدل من قبضه رد نقداً ، فلما ولو لم يترتب على العود أي ضرر (١) ، وتنتوي

(١) أن لا في تاريخ هذا النص الوسيط جزء أول فقرة ١٢٠ في الماخذ .

الآن تطبيق هذا النص على عقد البيع بالذات ، بعد أن شرحناه فيما يتعلق بالتعاقد بوجه عام (١) .

والذى يقع عادة هو أن يعطى المشتري للبائع مبلغاً من النقود يسميه عربوناً ، ويعتبره مبدئياً جزءاً من الثمن . ويكون لدفع العربون على هذا الوجه إحدى دالتين : فاما أن يكون غرض المتبايعين حفظ الحق لكل منهما في العدول عن البيع في نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر ، وإما أن يكون الغرض هو تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون فلا يكون لأحد من المتبايعين حق العدول عن البيع .

ولم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص يغلب إحدى هاتين الدالتين على الأخرى عند الشك ، فكان القضاء المصرى يتردد بينهما ويفسر لية المتبايعين بحسب العرف الجارى . والعرف في مصر يجعل دلالة العربون في البيع الابتدائى جواز العدول ، وفي البيع النهائى التأكيد والبت (٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ - فقرة ١٤٢ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٤١ - وقد قضت محكمة النقض بأن العربون ما يقدمه أحد المتبايعين إل الآخر عند إنشاء العقد . وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعل عقدها مبرماً بينهما على وجه هائى ، وقد يريدان أن يجعل لكل منهما الحق فى انشاء العقد أو نفيه . ونية المتبايعين هى وحدها التى يجب التعميل عليها فى إعطاء العربون حكمه القانونى . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نصوص العقد أن نية عاقديه اعتدت على تمامه ، وأن المبلغ الذى وصف فيه بأنه عربون ما هو فى الواقع إلا قيمة التعويض الذى تنصفا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتبايعين فى الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتبايعين من هذا النحو تفسيراً للعقد تحتله عباراته ، فذلك يدخل فى سلطاتها التقديرية التى لا تخضع فيها رقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٣٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون فى العقد الابتدائى دليل على جواز العدول ، وفى العقد النهائى دليل على البتات (٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٤٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٤ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - وانظر أيضاً فى هذا المعنى : استئناف مصر ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٩ ص ٦٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩٠ ص ١٣٦) . وهناك أحكام تقضى بأن العربون فى حالة الشك يدل على جواز العدول (استئناف مصر =

ثم جاء التفتين المدنى الجديد بالنص الذى قدمناه - م ١٠٣ مدنى - بقيم
قريبة قانونية تقبل إثبات العكس . وتقضى هذه القربة بأن الأصل فى دفع
العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة
أو ضمناً أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء فى تنفيذ العقد . وقد قدمنا
أن العربون لابدفعه المشتري عادة للبائع إلا عند توقيع البيع الابتدائى ، أما عند
توقيع البيع النهائى فالذى يدفع هو الثمن إذا كان معجلاً أو قسط منه إذا كان
مقسطاً أو لا يدفع منه شيء أصلاً إذا كان مؤجلاً . فنقتصر على الصورة العملية
التي يدفع فيها المشتري العربون للبائع عند توقيع العقد الابتدائى .

فاذا لم يبين من العقد الابتدائى ماذا قصد المتبايعان من حيث دلالة العربون ،
فهناك قربة قانونية كما قدمنا على أن العربون يراد به أن يكون لكل من المتبايعين

= ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٩ الحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - القضاء المستعجل ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠
الحاماة ٢١ رقم ٢٦ ص ١١١ - استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ -
٣١ مارس ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤) . أحكام تقضى على العكس من ذلك بأن العربون فى حالة
الشك يكون دليلاً على البتات ويكون بمثابة شرط جزائى (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٢
الحاماة ، رقم ١٢٢/٣ ص ٤٨٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٧/١٣٢ ص ٢٩٢)
وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون ، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز
العدول عنه ، ترك لتفسير نية المتعاقدين (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢٥ مايو
سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين ،
لم يحرم العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يمين وقت لجواز العدول ، جاز العدول إلى وقت
التنفيذ . ولا يجوز إساءة استعمال الحق فى العدول ، فالبايع الذى أظهر نيته فى أن يمس فى العقد
دون استعمال حقه فى العدول ، وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على
إتمامها ، ثم عدل بعد ذلك فجأة ، لا يقتصر على خسارة العربون ، بل يجب أيضاً أن يدفع
تعويضاً لإساءة استعمال حقه فى العدول (٤ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبق
الإشارة إليه) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه وإن كان لكل من الطرفين حق الخيار
فى الرجوع مع خسارة قيمة العربون ، إلا أنه لا يجوز التحدى فى ذلك الحق إلى أجل غير محدود ،
فإن كان المتعاقدان قد حددوا ميعاداً لتنفيذ البيع مقابل ترك العربون فلا دوام لهذا الحق إلا لغاية
الأجل المضروب بحيث إذا انقضى الميعاد سقطت حقهما فى التنفص . فإن لم يكن ثمة ميعاد فيدوم
خيار التنفص ، إما إلى حين تنفيذ العقد كما لو سلم البائع البيع للمشتري أو دفع المشتري للبائع
أقساماً من الثمن ، وإما إلى أن يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفاً رسمياً بتنفيذ الاتفاق
أو إنشاء رهنه فى نفسه مقابل خسارة العربون ، حتى لا يبقى المتعاقد ملقاً إلى أجل غير مسمى
(٨ فبراير سنة ١٩٤٨ المأمورة الرسمية ٤٠ رقم ١١٤) .

حق الرجوع في البيع وعدم إبرام البيع التام . وفي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يرجع في البيع . فيخسر العربون الذي دفعه إلى البائع ولا يسترده منه في نظير هذا الرجوع (١) . ولا يعتبر العربون تعويضاً عن ضرر أصاب البائع ، بل هو جزاء حتمي يدفعه من عدل عن البيع للطرف الآخر حتى لو لم يترب على العدول أى ضرر كما هو صريح النص .

كذلك يستطيع البائع أن يرجع في البيع ، ويكون الجزاء على هذا العدول هو كما قدمنا أن يدفع لمشتري قيمة العربون ، فيرد له أولاً العربون الذي أخذه منه ثم مقدراً معادلاً له هو الذي يستحقه المشتري فوق استرداده لما دفعه وهذه القرينة القانونية التي استحدثها التقنين الجديد تسرى من وقت العمل بهذا التقنين ، فلا يعمل بها إلا في عقود البيع التي تمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وقد يبين البيع الابتدائي دلالة العربون . فإذا بينها على أنها لجواز العدول عن البيع ، كان الحكم الذي قدمناه . وإذا بينها على أنها للبت والتأكيد ، لم يجوز لأى من المتبايعين الرجوع في البيع ، واعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن ، وجاز لأى من الطرفين إلزام الطرف الآخر بإبرام البيع التام (٢) .

(١) وهذا على أن يكون رجوعه في المدة المنقضية إذا حدثت مدة الرجوع ، فإذا انقضت هذه المدة سقط حق الرجوع وتأكيد العقد ، وأصبح العربون جزءاً من الثمن . أما إذا لم تحدث مدة الرجوع ، فتمتسرى الرجوع في أى وقت إلى يوم التنفيذ ، وجزاء رجوعه هو خسارة العربون كما قدمنا (استئناف مغلطه أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - ٨ يونيه سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٩) . على أن المشتري ، حتى في خلال المدة التي يجوز له الرجوع فيها ، إذا أظهر نيته في إتمام العقد وتنفيذه ، اعتبر أنه قد أساء استعمال حقه في الرجوع إذا رجع بعد ذلك . وكان مستولاً عن تعويض فوق خسارته للعربون (استئناف مغلطه أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) ويعتبر دفع العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمال . ونجرب على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد ، ترتب على الفسخ تعويض فليس من الضروري أن يقدر التعويض بمقدار العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامه الضرر (الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤) .

هذا وقد كان المشروع التمهيني الذي سنتين المدى الجديد يشتمل على نص هو المادة ١٥٣ من هذا

وقد بين البيع الابتدائي أن للعربون دلالة العدول بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر . فيجمل للبائع وحده الحق إما في إلزام المشتري بإبرام البيع النهائي ، وإما في الانقصار على أخذ العربون مع إسقاط البيع . وكذلك قد يجعل البيع الابتدائي هذا الحق للمشتري وحده ، فيجوز له إما إلزام البائع بإبرام البيع النهائي وإما الانقصار على استرداد العربون ومقدار مثله .

٤٦ - التكييف القانوني للعربونه : قدمنا أنه إذا كانت دلالة العربون

جواز الرجوع في البيع ، فإن العاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الآخر . ولكن هذا الالتزام ليس تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن النص صريح في أن هذا الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أى ضرر . فالعربون إذن معناه في نظر المشرع أن المتبايعين قد أرادا إثبات حق الرجوع لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قيمة العربون ، فجعلنا العربون مقابلاً لحق الرجوع . ومن ثم لا يجوز تخفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته ، كما لا يجوز زيادته إذا تبين أن الضرر أكبر ، مالم يكن هناك تعسف في استعمال حق الرجوع فتكون الزيادة تعويضاً عن التعسف لا تعويضاً عن الرجوع في ذاته . ولا يجوز عدم الحكم بالعربون حتى إذا تبين أنه ليس هناك أى ضرر ، كما سبق القول .

فالعربون إذن هو مقابل للرجوع في البيع ، أى بدل عن هذا الرجوع .

= الم شروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : ١ - إذا نفذ الالتزام الذي من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ - ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسؤولاً عنها ، أو إذا فسخ العقد خطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٢ في الماشي) . وبدیهی أنه إذا تقرر تنفيذ البيع الذي دفع فيه العربون فأصبح العربون تنفيذاً جزئياً لهذا البيع ، ثم طرأ بعد ذلك ما جعل البيع يستحيل تنفيذه لسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ ويجب رد العربون . وكذلك يكون الحكم لو فسخ العقد خطأ من المتبايعين كليهما لم باتفاق بينهما ، فليس أحدهما أولى بالمسئولية من الآخر ، فيرد العربون لمن دفعه (بودوى وسينيا فقرة ٨٢) .

فيمكن تكييفه بأنه البذل في التزام بئلى . ويكون المدين - بالعا كان أو مشترياً - ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في البيع ودائماً في الوقت ذاته بالحق الذى يقابل هذا الالتزام . ولكن تبرا ذلك من الالتزام - ويسقط بداهة الحق المقابل تبعاً لذلك - إذا هو أدى العربون (١) . ويترتب على ذلك أن العربون بذل مستحق بالعقد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد وليس فسخاً له (٢) .

(١) وإذا كان العربون مفترناً بوعده بالبيع أو بالشراء ملزم لجانب واحد ، فهذا هو الالتزام البذل المحض . إذ الواعد - وهو الذى دفع العربون - يلتزم بإبرام العقد التام إذ ظهرت رغبة الآخر فى إبرامه ، وله بدلا من ذلك أن يترك العربون وهذا هو البذل (قارن سينا فقرة ٨٨) . أنظر أيضاً محاضرات الأستاذ حسن الذنون فى نظرية العقد فى القانون المدنى العراقى فى معهد الدراسات العربية العالية فقرة ٢٦ ص ٢٢ ، وهو يتفق معنا فى هذا رأى . ويعترض الأستاذ سليمان مرقس على تكييف العربون بأنه التزام بذل بأن . الالتزامات التى ينشأها البيع البات فى ذمة البائع متعددة ولكل منها عمله الخاص ، ويجوز للبائع فى البيع بالعربون أن يبرا منها جيباً بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها هو البيع بقيمة العربون ، فلا يستقيم اعتبار ذلك التزاماً بديلاً . (البيع فقرة ٤٢ ص ٦٢) . ولا نرى ما يمنع من أن يكون الحل الأصل فى الالتزام البذل محالاً متعددة ، بينما يكون البديل محالاً واحداً .

(٢) وفى الفقه الفرنسى يذهب بعض الفقهاء إلى أن البيع بالعربون بيع معلق على شرط فاسخ ، فينفذ البيع فى الحال ولكن يجوز لكل من المتبايعين فسخ البيع فيخسر العربون (كولى دى سانتير ٧ فقرة ١١ مكررة تامعاً وعاشراً - جيوار ١ فقرة ٢٣) . وينهب بعض آخر إلى أنه بيع معلق على شرط واقف ، فلا ينفذ إلا إذا انقضت المدة المحددة ولم يرجع أحد المتبايعين فى البيع ، ومن ثم يفت انتقال الملكية إلى أن يتحقق الشرط الواقف ولكن إذا تحقق انتقلت بأثر رجعى ، وتكون تبعة هلاك المبيع قبل تحقق الشرط الواقف على البائع . (المشتري بودرى وسينا فقرة ٨٠ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٨ - سرران ٢ فقرة ١٠٦٨ - وقارن : لانيول وويدير وهامل ١٠ فقرة ٢٠٩ ص ٢٤٦) . وسواء اعتبر البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، فإنه يصعب تعيين مصدر الالتزام بدفع العربون مادام البيع يزول بأثر رجعى بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف .

أنظر فى معنى الشرط الواقف فى الفقه المصرى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٩٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٦ ص ١٦٠

وأنظر فى أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متبايعين ، أولها الاتفاق على البيع مفترناً بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتبايعين ، والثانى اتفاق على تعيين زمن لاستعمال الحق فى العود يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازى قيمة العربون ويعتبر هذا الاتفاق الأخير بأن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦٣ .

وَيُخْتَلَفُ الْعَرَبُونَ فِي كُلِّ ذَلِكَ عَنِ الشَّرْطِ الْجَزَائِيِّ . فَإِنَّ الشَّرْطَ الْجَزَائِيَّ قَسْرِيٌّ ، اتَّفَقَ عَلَى تَقْدِيرِهِ الْمُتَعَاقدَانِ ، عَنِ الضَّرَرِ الَّذِي يَنْشَأُ عَنِ الإِخْلَالِ بِالْعَقْدِ . وَمَنْ ثُمَّ جَازَ لِلْقَاضِي تَخْفِيفُ هَذَا التَّقْدِيرِ إِذَا كَانَ مُبَالِغاً فِيهِ إِلَى دَرَجَةٍ كَبِيرَةٍ ، بَلْ جَازَ لَهُ أَلَّا يُحْكَمَ بِهِ أَصْلًا إِذَا لَمْ يَلْحَقِ الدَّائِنُ أَيْ ضَرَرَ ، وَهَذَا كُلُّهُ بِخِلَافِ الْعَرَبُونَ (١) كَمَا سَبَقَ الْقَوْلُ . فَالتَكْيِيفُ الْقَانُونِيُّ لِلشَّرْطِ الْجَزَائِيِّ هُوَ

(١) وَيَرْجِعُ فِيهَا إِذَا كَانَ مَا اتَّفَقَ عَلَيْهِ الْمُتَعَاقدَانِ هُوَ شَرْطُ جَزَائٍ أَوْ عَرَبُونَ إِلَى نَيْتِهِمَا مُسْتَظْهَرَةٌ مِنْ ظُرُوفِ الدَّعْوَى وَوَقَائِمِهَا ، بَلَّغَ يَدْخُلُ فِي سُلْطَةِ قَاضِي الْمَوْضُوعِ دُونَ رِقَابَةِ عَلَيْهِ مِنْ مَحْكَمَةِ النَّفْضِ . وَقَدْ قَسَمْتُ مَحْكَمَةُ النَّفْضِ بِأَنَّ الْقَاضِي الْمَوْضُوعِ أَنْ يَسْتَخْلَصَ مِنْ نَصِّ عَقْدِ الْبَيْعِ وَمِنْ ظُرُوفِ الدَّعْوَى وَأَحْوَالِهَا أَنَّ الْمُتَعَاقدَيْنِ قَصْدًا بِهِ أَنْ يَكُونَ الْبَيْعُ بَيْعًا بَانًا مُنْجِزًا بِشَرْطِ جَزَائٍ وَلَمْ يَقْصِدَا أَنْ يَكُونَ بَيْعًا بِعَرَبُونَ أَوْ بَيْعًا مُعْلَقًا عَلَى شَرْطٍ فَاسَخَ (نَفْضُ مَدَنِي ٥ يَنَابِرِ سَنَةِ ١٩٢٣ رَقْمُ ١ عُمُر ٩١ ص ١٦٣ - وَانْظُرْ أَيْضًا نَفْضُ مَدَنِي ٢١ مَارِسُ سَنَةِ ١٩٤٦ مَجْمُوعَةٌ سِرَّة ٥ رَقْمُ ٥٢ ص ١٢٢) وَقَدْ سَبَقَتْ الْإِشَارَةُ إِلَى هَذَا الْحُكْمِ .

وَإِذَا كَانَ ثَابِتًا أَنَّ كُلَّ مَا دَفَعَهُ الْمُشْتَرِي ، سِوَاهُ أَكْثَانِ الْبَائِعِ أَمْ لَدَائِنِهِ الْمُسْجَلِينَ عَلَى الْمَقَارِ بَيْعٌ ، إِنَّمَا هُوَ مِنَ الثَّمَنِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ لَا بِمَجْرَدِ عَرَبُونَ يَفْضَحُ عِنْدَ اخْتِيَارِ الْفَسْخِ ، وَأَنَّ الْمُتَعَاقدَيْنِ لَمَّا نَيْتَهُمَا هَذِهِ بِتَصَرُّفَاتِهِمَا التَّالِيَةِ لِلْعَقْدِ ، كَانَ الْبَيْعُ وَاقِعًا خَالِيًا مِنْ خِيَارِ الْفَسْخِ (نَفْضُ مَدَنِي ٢٠ أَيْرِيلِ سَنَةِ ١٩٤٤ مَجْمُوعَةٌ عُمُر ٤ رَقْمُ ١٢٢ ص ٢٣٠) .

وَإِذَا كَانَتْ الْمَحْكَمَةُ لَمْ تَبَيِّنْ فِي أَسْبَابِ حُكْمِهَا فِي خُصُوصِ الْمُبْلَغِ الْمُدْفُوعِ الْبَائِعِ بِمُوجِبِ عَقْدِ الْبَيْعِ إِنْ كَانَ عَرَبُونَ فَيَفْقِدُهُ الْمُشْتَرِي كَفَدِيَّةً يَتَحَلَّلُ بِهَا عِنْدَ نَكُولِهِ عَنْ إِتِمَامِ مَا اتَّفَقَ عَلَيْهِ مَعَ الْبَائِعِ أَمْ أَنَّهُ كَانَ جِزَاءً مِنَ الثَّمَنِ لَا يُحْكَمُ بِهِ الْبَائِعُ كَتَمْوِيزٍ إِلَّا مَتَى ثَبَتَ خَطَأُ الْمُشْتَرِي وَحَدَّ صَرَرُ الْبَائِعِ ، بَلْ قَرَّرَتْ أَنَّ الْمُشْتَرِي قَدْ فَقَدَ الْمُبْلَغَ الَّذِي دَفَعَهُ نَتِيجَةً تَقْصِيرِهِ فِي إِتِمَامِ الْعَقْدِ سِوَاهُ اعْتِبَارِ الْمُبْلَغِ الْمُدْفُوعِ عَرَبُونَ أَوْ جِزَاءً مِنَ الثَّمَنِ ، دُونَ أَنْ تَمَحَصَ دِفَاعُ الْمُشْتَرِي وَمُؤَدَاهُ أَنْ عُدُولَهُ عَنْ إِتِمَامِ الصَّفَقَةِ كَانَ بِسَبَبِ عَيْبٍ غَنَى فِي الْمَنْزِلِ الْمُبِيعِ سَلَّمَ لَهُ بِهِ الْبَائِعُ ، وَبِسَبَبِهِ اتَّفَقَ وَإِيَاءٌ عَلَى اسْتِخْصَارِ وَعَرْضِ الْمَنْزِلِ عَلَى مُشْتَرٍ آخَرَ ، وَكَانَ هَذَا الدِّفَاعُ جَوْهَرِيًّا يَتَنَبَّرُ بِهِ وَجْهُ الرَّأْيِ فِي الدَّعْوَى ، فَإِنَّهُ كَانَ لَزَامًا عَلَى الْمَحْكَمَةِ أَنْ تَتَعَرَّضَ لَهُ وَتَفْصَلَ فِيهِ ، وَتَبَيِّنَ مَا إِذَا كَانَ الْمُبْلَغُ الْمُدْفُوعُ مِنَ الْمُشْتَرِي هُوَ فِي حَقِيقَتِهِ عَرَبُونَ أَوْ جِزَاءً مِنَ الثَّمَنِ لِاخْتِلَافِ الْحُكْمِ فِي الْحَالَتَيْنِ ، وَإِذَا هِيَ لَمْ تَفْعَلْ يَكُونُ حُكْمُهَا قَدْ شَابَهُ فَضْوَرٌ يَبْطُلُ وَيَسْتَرْجِبُ نَفْضَهُ (نَفْضُ مَدَنِي ١٢ فَبْرَايِرِ سَنَةِ ١٩٥٣ مَجْمُوعَةٌ أَحْكَامُ النَّفْضِ ٤ رَقْمُ ٧٢ ص ٤٩٥) .

وَلِمَحْكَمَةِ الْمَوْضُوعِ أَنْ تَسْتَظْهِرَ نِيَّةَ الْمُتَعَاقدَيْنِ مِنْ ظُرُوفِ الدَّعْوَى وَوَقَائِمِهَا وَمِنْ نَصْرِصِ الْعَقْدِ لَتَبَيِّنَ مَا إِذَا كَانَ الْمُبْلَغُ الْمُدْفُوعُ هُوَ بَعْضُ الثَّمَنِ الَّذِي انْعَقَدَ بِهِ الْبَيْعُ يَازًا ، أَوْ أَنَّهُ عَرَبُونَ فِي بَيْعٍ مُضَحَّوْبٍ بِخِيَارِ الْعُدُولِ ، إِذَا أَنَّ ذَلِكَ بَلَّغَ يَدْخُلُ فِي سُلْطَتِهَا الْمَوْضُوعِيَّةِ مَتَى كَانَ مُقَامًا عَلَى أَسْبَابِ سَائِمَةٍ (نَفْضُ مَدَنِي ٢٢ مَارِسُ ١٩٥٦ مَجْمُوعَةٌ أَحْكَامُ النَّفْضِ ٧ رَقْمُ ٥٥ ص ٣٦٩) . وَنَتَى كَانَ قَدْ نَصَّ فِي عَقْدِ الْبَيْعِ صَرَاحَةً عَلَى أَنَّ الْمُشْتَرِي دَفَعَ عَرَبُونَ وَحَدَّدَ مَقْدَارَهُ وَالحَالَةَ

نفس التكيف القانوني للتعويض ، ولا يجوز القول بأن التعويض بدل في التزام بدلي ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفذاً حقيقياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن (١) .

المطلب الثاني

التبائع بطريق النيابة

١٧ - جواز التبائع بطريق النيابة ونطيس القواعد العامة :
يجوز التبائع بطريق النيابة مباشر البيع نائب عن البائع ، أو مباشر الشراء نائب عن المشتري ، أو مباشر كلا من البيع والشراء نائب عن كل من البائع والمشتري . فبم البيع وفقاً للقواعد المقررة في النيابة في التعاقد ، وهي القواعد التي سبق بسطها في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

فتحل إرادة النائب عن البائع أو عن المشتري محل لإرادة الأصل ، مع انصراف أثر هذه الإرادة - أي انصراف الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد البيع - إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو . ويشترط لتحقيق ذلك أن محل لإرادة النائب محل لإرادة الأصل ، وأن تجري إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة ، وأن يكون التعامل باسم الأصل لا باسم النائب .

= التي تباع للمشتري استرداده وذلك التي تباع للبائع الاحتفاظ به ، كما حدد في العقد موعد الوفاء بهما الزمن وشرط استحقاقه ، فان تكيف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالعربون يحوي خيار العدول هو تكيف سليم . ولا يبيح الحكم عدم تفرغه للعبارة التي غنم بها العقد من أنه " عقد بيع نافذ للمفول " ، ما دامت هذه العبارة لا تعني أكثر من فناء العقد بشروطه ، ومن بينها أن حق المشتري في العدول من العقد لا يسقط إلا عند تمام الواقعة التي حددتها الطرفان لاتنها . خيار العدول (نقض مدني ١ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص ٥٠٨) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٣ و ص ٢٦٤ هامش رقم ١ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٨٢ - فقرة ٩٧ .

وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في النيابة في التعاقد (١) .

والنيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها ، تكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق كما في الولي والوصي والقيم والوكيل من الغائب والحارس القضائي ، وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ويتحقق هذا في عقد الوكالة .

فيجوز إذن أن ينوب عن البائع أو عن المشتري وكيل ، وهذا يدخل في الوكالة فلا شأن لنا به هنا (٢) . كما يجوز أن ينوب عن البائع أو عن المشتري ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي . وفي جميع الأحوال لا يجوز لشخص أن يتبايع مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التبايع لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل قبل التعاقد أو إجازة منه بعد التعاقد (م ١٠٨ مدني) .

ونقف عند هاتين المسألتين : (١) التبايع عن طريق ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي . (٢) بيع النائب لنفسه .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٨٤ - فقرة ٩١ .

(٢) ونقتصر هنا على الإشارة إلى أن البيع والشراء بوجه عام من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة ، فلا بد من وكالة خاصة في كل منهما يخصص فيها نوع التصرف الموكل فيه ، ولا تكن الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع التصرف الحاصل فيه التوكيل ، فهذه الوكالة العامة إما تكن في أعمال الإدارة لا في أعمال التصرف (م ٧٠١ مدني) . ومنه ذهب المادة ٧٠٢ مدني في هذا العدد على ما يأتي : ١ - لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه الميراث والمراعاة أمام القضاء . ٢ - والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يمين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات . ٣ - والوكالة الخاصة لا تجل لتوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر ولعرف الجاري . -

ويخلص من هذا النص أن التوكيل في البيع أو الشراء يجب أن يكون توكيلاً خاصاً ، أي توكيلاً يذكر فيه هل التوكيل في البيع أو في الشراء ، ولا يشترط في هذا التوكيل الخاص تعيين الشيء الذي يباع أو يشتري .

هذا وقد جرى القضاء على اعتبار المرأة المتزوجة وكيلة من زوجها في شراء الحاجات المنزلية (استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٣) .

١٥ - التبایع عن طریق ولی أو وصی أو قیم أو وکیل عن الغائب أو حارس قضائی

٤٨ - المصادر التشريعية : النائب هنا بسند ولايته من القانون كما قلنا ، فالقانون هو الذى يحدد مدى هذه الولاية . وهناك مصدران تشريعيان مختلفان ، أحدهما يحدد مدى ولاية الولی والوصی والقیم والوكیل عن الغائب ، والثانى يحدد مدى ولاية الحارس القضائى .

فالمصدر التشريعى الأول هو النصوص الخاصة بالولاية والوصاية والقروعة والوكالة عن الغائب . وقد كانت هذه النصوص قبلا محتوية قانون المجالس الحسبية الصادر فى سنة ١٩٢٥ . وقد ألغى هذا القانون واستبدل به قانون المحاكم الحسبية الصادر فى سنة ١٩٤٧ . ثم حل محل هذا القانون المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهو الذى يسمى بقانون الولاية على المال .

والمصدر التشريعى الثانى هو النصوص الخاصة بالحراسة ، وهذه محتوية فى التقنين المدنى فى المواد من ٧٢٩ إلى ٧٣٨ .

ونستعرض ، طبقاً لهذه المصادر التشريعية ، مدى ولاية الولی ، ثم مدى ولاية الوصى والقیم والوكیل عن الغائب ، ثم مدى ولاية الحارس القضائى ، فى البيع والشراء ، إذ أن لكل من الطوائف الثلاث ولاية تختلف فى المدى عن الولاية التى للطائفتين الأخرين .

٤٩ - ولاية الولی فى البيع والشراء : الولی هو أبو القاصر أو جده ، ومدى ولاية الأب أوسع من مدى ولاية الجد .

فقد قضت المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف فى عقار القاصر أو فى محله التجارى أو فى أوراقه المالية إذا زادت قيمة أى منها على ثلثمائة جنيه ، إلا بإذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة فى هذه الأحوال أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة . ونصت المادة ٨ بأنه

لا يجوز للأب أن يتصرف في أموال القاصر ، عقارية كانت أو منقولة ، ولو لم تجاوز قيمتها ثلثائة جنيه ، إلا بإذن المحكمة ونحت إشرافها ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالألا يتصرف ولى القاصر في المال المورث . أما إذا كانت الأموال قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه وعن طريق التبرع ، فقد قضت المادة ١٣ بأنه يجوز للأب أن يتصرف فيها . ولو زادت قيمتها على ثلثائة جنيه ، بدون إذن المحكمة . ويخلص من هذه الأحكام أن الأب يجوز له أن يتصرف في منقولات ابنه الصغير أياً كانت قيمتها بدون إذن المحكمة ، إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراقاً مالية أو محلاً تجارياً ولم تكن قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع فيجب إذن المحكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلثائة جنيه . ويجوز للأب أن يتصرف في عقارات الصغير بدون إذن المحكمة ، إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلثائة جنيه ، أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع ، وإلا فيجب إذن المحكمة . وفي جميع الأحوال ، أى في للمنقولات والعقارات ، يجب إذن المحكمة أياً كانت القيمة ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالألا يتصرف ولى القاصر في المال الموروث (١) . وحكم الشراء هو حكم البيع .

أما الجدد فلا يجوز له التصرف في مال القاصر إطلاقاً ، عقاراً كان أو منقولاً ، وسواء كان التصرف بيعاً أو شراءً ، إلا بإذن المحكمة (م ١٥ من قانون الولاية على المال) .

(١) وقبل قانون الولاية على المال وقانون الحاكم الحسبية ، كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي السائدة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذقضى ببطان عقد بيع الأحيان المملوكة للقاصر والصادر من أبيه بصفته ولياً عليه إلى ابن آخر من زوجة أخرى قبل صدور قانون الحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ قد أقام قضاء على قوله : ... فالتأنيب من أقوال علماء الشرع وما جرت عليه أحكام الحاكم أن الأب إذا كان فاسد الرأي سبيء للتدبير وباع مال ولده ، فلا يصح هذا البيع إلا إذا كان بالخيرية وهي بالنسبة للعقار لا تكون إلا بصفه قيمته ، فإن باعه بأقل من نصف لم يجز هذا البيع ، فهذا الذي أقام عليه الحكم قضاء لا مخالفة فيه لقانون ، وهو يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي كانت واجبة الاتباع قبل صدور قانون الحاكم الحسبية (نقض مدني ٧ يونية سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٩ ص ٧١٤) .

ولا يجوز للولي ، أباً كان أو جداً ، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه (أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقارب زوجه إلى الدرجة الرابعة) إلا باذن المحكمة (م ٧ قانون الولاية على المال) . فإذا أذنت المحكمة جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه . أما الجدد فيلزمه أن يطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) .

٥٠ - ولاية الوصي والفيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء :

وقد قضت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للوصي التصرف في أموال القاصر ، عقاراً كان المال أو منقولاً ، وببيعاً كان التصرف أو شراء ، إلا باذن المحكمة . ولا بد من إذن خاص في ذلك إذا أراد الوصي شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله القاصر ، ويطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) . ونسرى هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب (م ٧٨ قانون الولاية على المال) (١) .

على أن هناك ضروباً من البيع والشراء تلحق بأعمال الإدارة ، فهذه يجوز

(١) وحيث لا يجوز التصرف الصادر من الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب إلا بإذن المحكمة ، فإن التصرف قبل إذن المحكمة يكون موقوفاً على شرط هو صدور إذن المحكمة ، فإن صدر الإذن نفذ التصرف من وقت إقراره ، وإلا فإنه يسقط (الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ١١٧ ص ١٦٧ - محكمة شير الكوم الكلية ٩ مارس سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٢ رقم ٤٨٨ ص ١٤٦٢) . ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن التصرف يكون باطلاً بطلاناً نسبياً ويصححه إذن المحكمة (نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢) . ودعت محكمة استئناف مصر إلى أن التصرف يكون صحيحاً مطلقاً فلا تصححه الإجازة (٢ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٣٤ - :نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ١٠٧) . ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن التصرف يكون صحيحاً غير نافذ وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، ويستند في ذلك إلى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فهي تجعل التصرف غير نافذ في حق الصغير لانتفاء النيابة (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ١٣٨ ص ١٩٢) . وعبارة المذكرة الإيضاحية غير صريحة في إدخال عدم القنود الصحيحة غير النافذة وهو النظام المعروف في الفقه الإسلامي في قانون الولاية على المال ، ولعل المذكرة الإيضاحية تقصد أن التصرف لا يجوز الاحتجاج به (inopposable) على الصغير لمجاوزه النائب حدود الولاية .

أن يباشرها الوصى والقيم والوكيل عن الغائب دون حاجة إلى الحصول على إذن المحكمة ، وذلك كييع الحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم القاصر لزراعة أرضه .

٥١ - ولاية الحارس القضائي : يعين الحارس القضائي على المال في حالات معينة ، أهمها أن يكون المال قد قام في شأنه نزاع أو كان الحق فيه غير ثابت أو كان صاحب المصلحة فيه قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزته (م ٧٢٩ - ٧٣٠ مدني) .

ويعين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، وإلا تولى القاضي تعيينه (م ٧٣٢ مدني) .

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة مدى ولاية الحارس (م ٧٣٣ مدني) ، فإذا لم يحدد مدى هذه الولاية باشر الحارس جميع أعمال الإدارة دون حاجة إلى إذن المحكمة ، أما أعمال التصرف ، ومنها البيع والشراء ، فلا بد فيها من الإذن (م ٧٣٥ مدني) ، وذلك ما لم يكن البيع أو الشراء ملحقاً بأعمال الإدارة كييع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة فتجوز مباشرة هذه التصرفات دون حاجة إلى الحصول على إذن .

٢٥ - بيع النائب لنفسه

٥٢ - الفاعلة العامة : رأينا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠٨ مدني تنص على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة ما يخالفه مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » . ويتبين من هذا النص

أنه لا يجوز للنائب عن البائع أن يبيع الشيء من نفسه أو من شخص آخر هو نائب عنه أيضاً ، كما لا يجوز للنائب عن المشتري أن يبيع مال نفسه أو مال شخص هو نائب عنه أيضاً من المشتري الذي هو نائب عنه .

ذلك أن النائب يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين . والتعارض ، في حالة ما إذا كان النائب ينوب عن المتبايعين معاً ، لم يحسب حسابه أحد من الأصليين . وهو ، في حالة ما إذا كان النائب ينوب عن أحد المتبايعين مع أصالته عن نفسه ، تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها . فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل في كلتا الحالتين .

٥٣ - تطبيقات خاصة في بيع النائب لنفسه - النصوص القانونية :

وقد وردت تطبيقات خاصة لهذا المبدأ العام في عقد البيع ، تحت عنوان بيع النائب لنفسه ، في المواد ٤٧٩ - ٤٨١ مدني (١) .

فنصت المادة ٤٧٩ مدني على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشتري لنفسه ، مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلني ، ما يبط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى » . ونصت المادة ٤٨٠ مدني على أنه « لا يجوز للمأسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار » . ونصت المادة ٤٨١ مدني على أنه « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازاه من تم البيع لحسابه » (٢) .

(١) هذا ما ورد في قانون الولاية على المال من عدم جواز تصرف الأب أو الجد في عقار الصغير لنفسه وعدم جواز تصرف الوصي والقيم والوكيل عن الغائب في مال المحجور لنفسه ، وذلك كله ما لم يصدر إذن من المحكمة يميز للتصرف ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (أنظر أنفاً فقرة ٤٩ وفقرة ٥٠) ، وسنعود إليه فيما يلي (أنظر فقرة ٥٤)

(٢) تاريخ النصوص :

م ٤٧٩ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « لا يجوز بيع في الأحوال الآتية ، حتى لو كان البيع بالمزاد ، وسواء عقد المشتري الصفقة باسمه أو باسم =

ويقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٨/٣٢٥ (١) .

= مستشار : (١) إذا كان المشتري وصياً أو قياً أو نائباً من غيره بحكم القانون ، واشترى مال من هو نائب عنه . (ب) إذا كان المشتري وكيلًا بالبيع ، واشترى المال الموكل بيحه . (ج) إذا كان المشتري منوطاً به إدارة عين أو كان موظفاً عاماً ، واشترى المال الممهود اليه في بيعه أو المال الذي يجب أن يتم بيحه على يده . (د) إذا كان المشتري سنديقاً أو حارساً مصفياً ، واشترى مال لتفليس أرمال الدين المسر . (هـ) إذا كان المشتري مصفياً لشركة أو شركة ، واشترى المال الذي يصفيه . كل هذا مالم يصدر إذن من القضاء في البيع ، وكل هذا دون إخلال بما ينص عليه قانون الأحوال الشخصية من أحكام . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح متفقاً مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة حيث كانت : « مع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في القوانين الخاصة » . وأصبحت المادة وقها ٥٠٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وعدلت لجنة الشيوخ عبارة « القوانين الخاصة » بعبارة « قوانين أخرى » ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة تحت رقم ٤٧٩ مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ فقرة ٢٢٣ ص ٢٢٥ .

م ٤٨٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٧ من المشروع النهائي ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧) . م ٤٨١ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١ - على أنه يجوز في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، أن يجيز القصد من تم البيع لحسابه ، إذا توافرت وقت الإجازة الأهلية الواجبة : ٢ - فإذا رفض إجازة تمتد ، ونبيع للمال من جديد ، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع . الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن حكمها مستفاد من التواعد العامة ، وعدلت الفقرة الأولى بحيث أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح زله ٥٠٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٧ وحس ٢٣١) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٥٨/٣٢٥ : لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء ، ولا للوكلاء المقامين من موكلهم ، أن يشتروا الشيء المنوط بهم بيحه بالصفات المذكورة . فإذا حصل الشراء منهم ، جاز التصديق على البيع من مالك المبيع إذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في معرض الموازنة بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق ما يأتى : « زيد (في التقنين الجديد) على النواب السامرة والخبراء في الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها ، لأن حكمة المنع فيهم متوافرة : م ٦٤٧ من المشروع وقد نقلت عن التقنين لتونس م ٥٦٩ - نص المشرع صراحة على أن البيع ممنوع ولو كان بالتراد أو كان باسم مستعار ، والنص على الحالة الأولى يزيل لبساً ، وعلى الحالة الثانية يواجه أمراً كبيراً =

وبقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المواد ٤٤٧ - ٤٤٩ . وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٨ - ٤٧٠ - وفي
التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٨ - ٥٩٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود
اللبناني المواد ٣٧٨ - ٣٧٩ و ٣٨١ (١) .

= الوقوع - أجاز المشروع تصحيح البيع . . لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك
بإذن القضاء في البيع قبل حصوله ، كالوصى بتأذن المجلس الحسبي (مجموعة الأعمال التحضيرية)
ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤٧ - ٤٤٩ (مطابقة
للمواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري) . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ
مصطفى الزرقا فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٩ .

التقنين المدني الليبي م ٤٦٨ - ٤٧٠ (مطابقة للمواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري).
التقنين المدني العراقي م ٥٨٨ : ١ - يجوز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده
وله أن يشتري ماله ولده لنفسه ، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد العقد . ٣ - والجد
كالأب في الحكم .

م ٥٨٩ : لا يجوز للوصى المنسوب أو لقيم المقام من قبل المحكمة أن يبيع ماله نفسه للمجور ،
ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المجور مطلقاً ، سواء أكان في ذلك خير للمجور أم لا .
م ٥٩٠ : ١ - لا يجوز للوصى المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع ماله نفسه لليتيم ،
ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم ، إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكمة .
٢ - واخيرة هي أن يبيع لليتيم بأقل من ثمن المثل أو أن يشتري منه بأكثر من ثمن المثل ،
على وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة .

م ٥٩١ : لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله للمجور ولا أن يشتري ماله للمجور لنفسه .

م ٥٩٢ : ١ - ليس للكولاه أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات
ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال المكلفين هم ببيعها أو التي يكون بيعها عليهم .
وليس لكولاه التفاليس ولا لحراس المصفين أن يشتروا أموال التفليس ولا أموال المدين الممسر .
وليس لمصن الشركات والتركات أن يشتروا الأموال التي يصفونها ، وليس للماسرة
ولا للخبراء أن يشتروا الأموال الموهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها . وليس لواحد من هؤلاء
أن يشتري ، ولو بطريق المزايدة ، لا بنفسه ولا باسم مستعار ، ما هو محظور عليه شراؤه .
٢ - هل أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازته من تم
البيع لحسابه ، متى كان وقت الإجازة جانباً للأهلية الواجبة . أما إذا لم يجزه ، وبيع المال من
جديد ، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع . =

٥٤ - **الاشخاص الذين لا يجوز لهم الشراء** : ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً ، وقد تقدم ذكر ذلك .

والنيابة في بيع مال الغير قد تأتي من اتفاق ، وهذه هي الوكالة . فن وكل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، كأن يشتريه لزوجته أو لولده أو لأحد ممن يمت له بصفة ويكون هذا المشتري في الواقع من الأمر مسخرأ من النائب . وكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع ، ولا معقب على تقديره في ذلك من محكمة النقض ، ويجوز

= (وأحكام التفتين العراقي تقرب في مجموعها من أحكام التفتين المصري ، فيما عدا أن التفتين العراقي نقل أحكام الفقه الإسلامي في بيع الول والوصى والقاضي ما لم المحجور وشرائهم لمال المحجور ، وفيما عدا أن التفتين العراقي في المادة ٩٢ هـ أفاض في تعداد الوكلاء ومن لم صفة النيابة من الغير على النحو الذي كان عليه المشروع التمهيدى لتفتين المصري — أنظر الأستاذ حسن الذنون في البيع في القانون العراقي مادة ٢٤٠ — فقرة ٢٥٣ ، وفي أن الجزء على المنع في القانون العراقي أن يكون المقدم موقوفاً فقرة ٣٥٣) .

تفتين الموجبات والعقود البناني م ٣٧٨ : إن الأشخاص المشار إليهم فيما يلى لا يجوز لهم ١ . أن لا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعاريين ولو كان الشراء بالمزاينة ، إلا إذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء ، وإذا فعلوا كان عقد الشراء باطلاً . أولاً — لا يجوز لوكلاء البيع شراء الأموال التي عهد إليهم في بيعها . ثانياً — لا يجوز لمثل الإدارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التي فرض إليهم أمر الاعتناء بها . ثالثاً — لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الأموال الممهودة إليهم في بيعها . رابعاً — لا يجوز للأب أو الأم ، ولا لوصى أو القيم أو المشرف القضائي أو الولي الموقت ، شراء أموال الأشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم .

م ٣٧٩ : لا يجوز للباسرة ولا للخبراء أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال والمخوق والديون التي عهد إليهم في بيعها أو تخمينها ، ولا أن يقايضوا بها أو يرتهنوها .

م ٣٨١ : إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا واشدين يطون أشخاصاً مستعاريين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة .

(وأحكام التفتين البناني تنفق في مجموعها مع أحكام التفتين المصري) .

لأبائها بجميع الطرق لأنها واقعة مادية (١). وقد وضع تقنين الموجبات والعقود اللبناني قربة قانونية على الاسم المحتار ، فقتضى فى المادة ٣٨١ منه بأن الزوجة والأولاد يعدون أشخاصاً مستعربين ، فتصبح هذه القربة من مسائل القانون فى هذا التقنين . والشراء محظور على النائب كما قدمنا ، ويستوى أن يكون الشراء بالممارسة أو فى المزااد العلنى . فلو وكل شخص فى بيع مال للغير بالمزااد العلنى ، فإنه لا يجوز له أن يدخل مراداً لشراء هذا المال ، فلا تزال مصلحة الشخصية متعارضة مع مصلحة موكله (١٠)

لجورى ورو ٥ فترة ٣٥١ ص ١٧ - بودرى وسبب فترة ٢٥٢ - بلايول وريبير ٥٨ فترة ٥٨ .

(٢) وكانت هذه المسألة مختلفاً عليها فى عهد التقنين المدنى السابق ، فحكم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بنس صريح . انظر فى جواز دخول النائب فى المزايدة فى عهد التقنين المدنى السابق الأستاذ عبد الحميد أبو حيف فى طرق التنفيذ فترة ٨٥٥ - فترة ٨٥٦ ، وفى عدم جواز ذلك جبرائيلان فترة ٥٨ - دى هلنس ؛ لفظ Vente فترة ٥٦ - الأستاذين أحمد نحة وعبد الفتاح البى فى التنفيذ فترة ٦٦١ - الأستاذ محمد حلى عيسى فترة ٩٢٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فترة ٢٣٨ . وأنصار جواز دخول النائب فى المزايدة كانوا يقصدون البيع بالمزااد الجبرى دون المزااد الاختيارى ، فى البيع الجبرى لا يعتبر الوكيل منوطاً بالبيع ، وهو يبيع يجب فيه اتباع إجراءات من شأنها أن تحفظ حق المالك المدين . وكان يوجد اتفاق على أن الوصى يجوز له أن يدخل مزايداً فى شراء ملك إذا تحققت له مصلحة مشروعة فى ذلك ، كأن يكون شريكاً على الشيوع مع القاصر وتباع العين المشتركة لعدم إمكان قسمتها عيناً ، فله أن يزايد ، وإذا رسا عليه المزااد لم يعتبر مشترياً من القاصر لأن القصة كاشفة ، وكأن يكون الوصى دائئاً مرتباً ، فله أن يدخل مزايداً فى بيع عذار القاصر ومصلحته هنا متفقة مع مصلحة القاصر فى أن كلا منهما يريد أن يبلغ ثمن العقار أعلى حد (بلايول وريبير ٢ فترة ٥٤ - كزبان وكايشان ٢ ص ٨٧ - الأستاذ محمد حلى عيسى فترة ٩٢١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فترة ٢٣٧) .

ويبدو أن النائب فى البيع إذا باع العقار المنوط به بيه لم يجوز له ، إذا كان شقيقاً فى هذا العقار ، أن يأخذه بالشفعة . فإن الشفع يعتبر مشترياً إذ هو يحل محل المشتري ، ولجواز أن يتساهل مع المشتري فى شروط البيع حتى يشفع فى العقار بنفس الشروط . يضاف إلى ذلك ، بالنسبة إلى النائب إذا كان وكيلًا ، أن قبوله لوكالة فى بيع العقار ينطوى على نزول حسنى من عن حقه فى أخذ العقار بالشفعة . وقد كان هذا هو الرأى المعمول به فى الفقه فى عهد التقنين المدنى السابق (دى هلنس ؛ لفظ Vente فترة ٦٢ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فترة ٢٣٥ فى الماضى) .

ويلحق بالوكيل من نيطت به إدارة عين واشترى المال الذي يجب أن يتم بيعه على يده ، ومن عين مصفياً لشركة أو لشركة واشترى المال الذي يصفه (١) .
وقد تأتي النيابة في بيع مال الغير عن الطريق نص في القانون ، وذلك كالولي ، فلا يجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ، ولو كان الشراء في المزااد العلني ، وهذا ما يقع غالباً في بيع أموال المحجورين ، إلا إذا كان القانون يرخّص في ذلك . وقد قدمنا أنه يجوز للولي شراء عقار الصغير لنفسه ، بشرط الحصول على إذن من المحكمة في ذلك (٢) .

وقد تأتي النيابة في بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات المختصة . فالوصي والقيم والوكيل عن النائب والسنديك والحارس القضائي ، كل هؤلاء ينوبون عن غيرهم في بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية . والموظف العام قد ينوب عن الدولة في بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية . فلا يجوز لأحد من هؤلاء أن يشتري المال الموهود إليه في بيعه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ، ولو كان الشراء في مزااد علني . وقد قدمنا أن الوصي والقيم والوكيل عن الغائب يجوز لهم بأذن خاص من المحكمة ، أن يشتروا أموال محجور بهم (٣) .

كذلك لا يجوز للسمسار ، إذا عهد إليه شخص في بيع مال له ، أن يشتري هذا المال لنفسه (٤) . ذلك أن السمسار إما أن يكون عنده توكيل بالبيع ، فيصبح وكيلاً ويمنع ككل وكيل من شراء ما وكل في بيعه . وإما ألا يكون عنده توكيل ، فعند ذلك لا يكتفى رضاؤه بشراء الشيء لنفسه بل يجب قبول المالك ، وفي هذا إذن يجعل الشراء جائزاً . ومثل السمسار الخبير الذي يعهد إليه في تقويم شيء ، لا يجوز له أن يشتريه لنفسه ، لتعارض المصلحة إذ أن ذلك يحمله على أن يخس تقويم الشيء ، حتى ينتفع هو من بخس الثمن (٥) . والخبير كالسمسار ، إما أن

(١) أنظر المشروع التمهيدى للمادة ٤٧٩ مدني (أنفاً فقرة ٥٣ في الهامش) .

(٢) أنظر أنفاً فقرة ٤٩ .

(٣) أنظر أنفاً فقرة ٥٠ .

(٤) وكذلك من عهد إليه في بيع قطن وعجل جزءاً من الثمن لا يجوز له أن يشتري القطن

لنفسه (استئناف مغلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ٨٧) .

(٥) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٣ .

يكون عنده توكيل فيكون حكمه حكم الوكيل لا يجوز له شراء الشيء لنفسه ،
ولما ألا يكون عنده توكيل فلا بد في هذه الحالة من قبول المالك . والسمار
والخبير مثنوكان من شراء المال ولو بيع في المزاد العلني ، سواء كان الشراء
باسمهما أو باسم مستعار (١) .

٥٥ - الجزء على المنع من الشراء : وليس الأشخاص الذين قدما

ذكرهم ممنوعين من الشراء لنقص في أهليتهم ، فنقص الأهلية شيء ،
والمنع من الشراء شيء آخر . وإنما المنع قد قام بسبب تعارض المصلحة
كما قلنا .

وقد ذكرنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن هناك رأياً يذهب إلى أن تعاقد
الشخص مع نفسه - ومن ثم شراء النائب للمال المعهود إليه في بيعه - قابل
للإبطال لمصلحة الأصيل ، ولذلك ترد عليه الإجازة . وقد أخذت المذكرة
الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الرأي ، إذ جاء فيها : « ولهذه العلة اعتبر تعاقد
الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الأصيل ومن الواضح أن البطلان
المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص (٣) » . وجاء في نفس المذكرة
الإيضاحية في صدد بيع النائب لنفسه : « أجاز المشروع تصحيح البيع - وهو باطل
بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع وقد قرر البطلان نص خاص لعله تعارض المصلحة -
لا بإجازة من ثم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك باذن القضاء في البيع قبل
حصوله كالوصى يستأذن المجلس الحسبي (٤) » .

(١) وتنص المادة ٦٦٧ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجوز للمدين ، ولا للقضاة الذين
نظروا بأمر وجه من الوجوه إجراءات التنفيذ أو مسائل المنفعة عنها ، ولا للمحامين الوكلاء
عن مباشر الإجراءات أو المدين وأن يتقدموا للمزايدة بأنفسهم أو بطريق تسخير غيرهم ،
وإلا كان البيع باطلاً » .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٠ - وهذا هو أيضاً ما ينبغي إليه الفقه الفرنسي

بوجه عام (أوبى ورد ٥ فقرة ٣٠١ ص ٣٤ - بودرى وسينيا فقرة ٢٥٠ وقرة ٢٥٤ -
بلانيول وريبير وهامل ٦٠ فقرة ٤٨) .

والصحيح أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يدخل في هذه الإنابة أن يكون المتاب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره ، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته في البيع . فإذا ما باع النائب المال لنفسه ، سواء باعتباره أصيلاً في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه ، يكون قد جاوز حدود نيابته ، فلا ينفذ تصرفه في حق الأصل إلا إذا أجازته هذا (١) . وينتج عن هذا التكييف النتائج الآتية :

(١) وقد سبق أن قلنا بهذا الرأي في الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ - ولفظه في صرح قريب من هذا الرأي . وينبغي الأستاذ أنور سلطان (فقرة ٤٥٧) إلى أن جزءه المنع من الشراء يجب أن ينسب في القواعد الخاصة بالنيابة ، لا القواعد الخاصة بالبطان ، ومن مقتضى القواعد الخاصة بالنيابة أن عمل النائب لا ينفذ في حق الأصل إلا إذا تم في حدود نيابته . ولكنه يقول بعد ذلك : « فإذا منع الشارع النائب من مباشرة عمل ما ، وعالقت النائب هذا المنع ، فيعتبر أنه قد تعافد خارج نطاق نيابته ، ولذا لا ينفذ تعاقده في حق الأصل إلا إذا أقره » (ص ٤٣٤) . وهذا صحيح فيما يتعلق بالنيابة القانونية والنيابة القضائية . أما في نيابة الاتفاقية ، فالمرجع لم يتدخل لتحديد مدى نيابة ، بل الاتفاق هو الذي حدد هذا المدى . ولم يدخل فيه أن يشتري النائب لنفسه ، ومن هنا جاءت مجاوزة النائب لحدود نيابته ، فالمنع في نيابة الاتفاقية مؤسس على إرادة الأصل لا على نص الشارع .

وانظر في هذا المعنى الذي ينبغي إليه الأستاذ أنور سلطان الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ١٢٢ . وينبغي الأستاذ سليمان موقس (فقرة ١٣٧) إلى أن النائب جاوز حدود نيابته في أنه لم يبيع بأجل فمن يمكن . انظر أيضاً الأستاذ جميل الشرقاوي في نظرية بطان التصرف فقرة ٨٩ ، وفي حقه البيع فقرة ١٦ . وفي رأينا أن النائب جاوز حدود الوكالة في أنه اشترى لنفسه ، أباً كان الممن الذي اشترى به .

وينبغي الأستاذ منصور مصطفى منصور (فقرة ١٣٤ ص ٣٠٣ - ص ٣٠٤) إلى ما ذهبنا إليه من أن النائب يجاوز حدود نيابته إذا اشترى لنفسه ، فلا بد من ذكر الأصل . ثم يقول إن الشراء قبل الإجازة يكون مفقوداً ، على غرار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، وإجازة الأصل تجعله ينفذ . وملاحظتنا على هذا الرأي أنه لما كان العقد الموقوف غير معروف في الفقه العربي ، فقد لجأنا إلى تكييف آخر في الحالة التي يجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة ، ويقتضي الأمر إقرار الموكل ، فقلنا في الجزء الأول من الوسيط (فقرة ٨٩ ص ١٩٨) عاش رقم ٢) : « فلز كان النائب وكيلاً وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلاً بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل للوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست بمنجزة ، بل هي معلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل . وليس من شك في أن نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي هي أكثر ملاءمة لتكييف »

١ - أن الأصيل إذا أدخل في حسابه جواز أن يشتري النائب المال لنفسه ، فأذن له في ذلك قبل الشراء ، جتز شراؤه ، إذ يكون التصرف قد دخل في حدود النيابة ، (انظر المادة ١٠٨ مدني) .

٢ - وإذا لم يأذن الأصيل مقدماً في الشراء ، فله أن يجيز الشراء بعد تمامه ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وبهذا تقضي صراحة المادة ٤٨١ مدني إذ تنص على أنه « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازاه من تم البيع لحسابه » .

٣ - وإذا كانت النيابة قانونية أو قضائية ، كنيابة الولي أو الوصي أو القيم ، فالقانون هو الذي يتولى بنفسه رسم حدود النيابة . فتارة يجيز بيع النائب لنفسه دون إذن كما فعل في حالة الولي عندما يشتري ، نقول الصغير لنفسه ، وطوراً يستوجب إذن المحكمة كما فعل في حالة الولي عندما يشتري عقار الصغير وفي حالة الوصي والقيم والوكيل عن الغائب عندما يشتري مال المحجور (١) .

= الوضع الذي نحن بصدده ، لو أمكن إدخالها عن طريق الاجتهاد في الفقه المصري . وقد منع المشرع المصري إدخالها في أهم تطبيقات من تطبيقاتها وهو بيع ملك الغير ، إذ أورد نصاً صريحاً في أن هذا البيع قابل للإبطال ، وكان الأول أن يكون عقداً مرئياً - وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في بيع ملك الغير (انظر مايل فقرة ١٦٤) .

(١) وقد قلنا أن الفقه في فرنسا ، وفي مصر في عهد التقنين المدني السابق ، يذهب إلى أن الوصي شراء مال القاصر إذ كانت له حقوق من قبل حل هذا المال ، وكان القصد من شرائها هو المحافظة على هذه الحقوق ، كما لو كان الوصي شريكاً في الشروع مع القاصر أو دائئاً مرتباً له ، وبيعت العين بالمازاد المأني لعدم إمكان قسمتها مبنياً أو لتنفيذ على العين المرهونة (انظر آراء فقرة ٥٤ في المامش . وانظر أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥١ ص ٣١ - س ٢٢ - بودري وسيبيا فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٤ - بلانيول وريبير وعامل ١٥ فقرة ٤٤ - بلانيول وريبير ٢ فقرة ٤٤ - كولان وكايتان ٢ ص ٤٨٧ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ٩٢١ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زك فقرة ٢٣٧) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في عهد التقنين المدني السابق بأن تحريم شراء النائب لشيء الذي يثبت به بيبه لا يسرى في البيوع القضائية إذ هي موقعة بالضمانات الكافية (٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٢٢) . أما في عهد التقنين المدني الجديد سمحت ورد نص صريح في تحريم شراء النائب لنفسه ولو كان ذلك بالمازاد المأني ، فيبدو أنه لا يجوز لوصي شراء مال القاصر ، حتى لو قصد المحافظة على حقوقه واشترى في مزاو على ، من غير إذن المحكمة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٦ - الأستاذ عبد المنعم البناوي فقرة ١٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ ص ٢٩٩ - ص ٢٠٠) .

وال هذا تشير المادة ٤٧٩ مدني عندما تقول في عبارتها الأخيرة : ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى ، ومن هذه القوانين الأخرى قانون الولاية على المال وقد سبق بيان أحكامه في هذا الصدد (١) .

المبحث الثاني

شروط الصحة

٥٦ - الأهلية وعيوب الإرادة : بعد أن فرغنا من شروط انعقاد البيع ، نتغل إلى شروط صحته . وشروط صحة البيع هي شروط صحة أي عقد : نوافر الأهلية الواجبة وسلامة الرضا من عيوب الإرادة . فتكلم إذن في : (١) الأهلية في عقد البيع (٢) وعيوب الرضا في عقد البيع .

المطلب الأول

الأهلية في عقد البيع

٥٧ - مميزات الأهلية مما يكتسب بها من النظم : قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الأهلية تكتسب بغيرها من النظم ، وكثيراً ما تختلط بها . فيحسن تمييز الأهلية تمييزاً دقيقاً عن غيرها .

الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لاتصدر إلا عن تمييز ، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية .

(١) ويستثنى أيضاً ما تقضى به قواعد التجارة (أنظر المادة ١٠٨ مدني) ، وذلك كما في الترخيل بالعمولة . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه (نقص مدني ٢٨ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٨ من ٧٦٧) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٧ .

والأهلية غير الولاية على المال . فالولاية على المال هي ففاذ التصرف على مال الغير ، كنفاذ تصرف الولى والوصى والقيم على مال المحجور . ومن ثم تكون الولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

والأهلية غير عدم قابلية المال للتصرف . فمن وقف ماله لا يستطيع التصرف فيها وقفه ، لا لنقص فى أهليته ، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف .

والأهلية غير المنع من التصرف . فالمريض مرض الموت ممنوع من التصرف فى ماله فى حدود معينة لمصلحة الورثة ، بحيث إذا جاور هذه الحدود لم يسر تصرفه فى حقهم . والنائب ممنوع من شراء ما وكل فى بيعه على نحو ما قدمنا لمصلحة الأصل ، بحيث إذا اشترى هذا المال لم يسر التصرف فى حق الأصل . وعمال القضاء ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان نظر النزاع يخل فى اختصاص المحكمة التى يباثرون أعمالهم فى دائرتها ، وهذا المنع من التصرف للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلا . وكذلك المحامون ممنوعون من التعامل مع موكلهم فى الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، والمنع هنا أيضاً للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلا .

٥٨ - أهلية التصرف واجبة فى كل من البائع والمشتري :

فالأهلية إذن هى التى ترجع إلى التمييز . وقد علمنا عند الكلام فى النظرية العامة للأهلية أن هناك أدواراً ثلاثة طبيعية يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت . فالدور الأول هو دور عدم التمييز ، والصبي غير المميز وهو من كان دون سبع سنوات لا يستطيع مباشرة أى تصرف . والدور الثانى هو دور التمييز ، ويبدأ من سن السابعة وهى سن التمييز إلى سن الحادية والعشرين وهى سن الرشد . وفى هذا الدور يكون الصبي المميز ناقص الأهلية ، لا عديمها ولا كاملها ، فيباشر من التصرفات ما يكون نافعاً نفعاً محضاً ، ولا يباشر منها ما يكون ضاراً ضرراً محضاً ، وما كان من التصرفات دائراً بين النفع والضرر ومنها البيع والشراء يباشره بإجازة الولى . والدور الثالث هو دور الرشد ، ويبدأ من الحادية والعشرين ، وفيه يكون البالغ الرشيد أهلاً لجميع التصرفات ومنها البيع

والشراء ، بل ويكون أهلاً للتبرعات وهى التصرفات المضادة ضرراً محضاً ، وذلك ما لم يحجر عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، فينصب له قيم يباشر عنه التصرفات على النحو الذى قدمناه فى النظرية العامة للأهلية .

ويخلص من ذلك أن الصبي غير المميز ليس أهلاً للبيع ولا للشراء ، لأن البيع - سواء من ناحية البائع أو من ناحية المشتري - يعتبر من أعمال التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

أما الصبي المميز - ويلحق به المحجور - فأهليته فى البيع والشراء أهلية ناقصة . فهو يستطيع أن يبيع ويشتري ، بشرط إجازة الولي أو الوصى أو القيم وبإذن من المحكمة فى الأحوال التى نص الثانون فيها على ذلك ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم .

ومن بلغ من العمر إحدى وعشرين سنة - أى بلغ سن الرشد - غير محجور عليه ، فقد توافرت فيه أهلية التصرف كاملة ، وكانت له أهلية البيع والشراء دون قيد ، فلا يحتاج إلى إذن ولي ولا إلى إذن من المحكمة .

فأهلية كل من البائع والمشتري إذن هى أهلية التصرف ، وتقضى بلوغ سن الرشد (١) .

٥٩ - عني بكفى التمييز فى أهلية البيع والشراء : على أن هناك أحوالاً معينة يكفى فيها بلوغ سن التمييز دون بلوغ سن الرشد لينتافر فى الإنسان أهلية البيع والشراء .

١ - فقد نصت المادة ١١٢ مدنى على أنه « إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون » . والقانون

(١) وقد كان التقنين المدنى السابق يشتمل على نصين فى أعلى البائع المشتري ، هما تطبيق محض للقواعد العامة ، ولذلك أغفلها التقنين المدنى الجديد . فكانت المادة ٣١٢/٢٤٦ مدنى سابق تنص على أنه « يجب أن يكون كل من البائع والمشتري متصفاً بالأهلية الشرعية للتعامل (capacité légale de s'obliger) . وكانت المادة ٣١٣/٢٤٧ تنص على أنه يجب أن يكون البائع متمتعاً بالأهلية الشرعية للتصرف (capacité légale d'aliéner) .

هنا هو قانون الولاية على المال . وتنقضى المادة ٥٤ منه بأن لولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وتنقضى المادة ٥٥ منه بأن للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . ومراء أذن للقاصر من وليه أو من المحكمة ، فانه متى تسلم أمواله كان له أن يباشر أعمال الإدارة . ويدخل فى هذه الأعمال أى بيع أو شراء تقتضيه الإدارة ، كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة ، فتكون أهلية البيع والشراء متوافرة عنده فى هذه الحدود . وكذلك تكون له أهلية التصرف ، بيعاً وشراء ، فى صافى دخله بالقدر اللازم لسد نفقاته هو ومن تلزمه نفقتهم قانوناً (م ٢/٥٦ قانون الولاية على المال) . وهذه الأحكام تسرى على المحجور للسفه أو للغبلة إذا أذنته المحكمة فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها (م ٦٧ قانون الولاية على المال) .

٢- وتنقضى المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة أن يتجر ، ويكون إذن المحكمة مطلقاً أو مقيداً . فيكون للقاصر فى هذه الحالة الأهلية الكاملة للبيع والشراء فيما يتعاق بالتجارة المأذون له فيها .

٣- وتنص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أن يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهل للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولا يجوز أن يمدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهته أو صناعته . ويخلص من ذلك أن القاصر متى بلغ السادسة عشرة يصبح ، دون حاجة إلى أى إذن ، أهلاً لأهلية كاملة فى التصرف فى كسب عمله . فيستطيع ، فى حدود هذا الكسب ، أن يبيع وأن يشتري وأن يلتزم .

٤- وتنص المادة ٦١ من قانون الولاية على المال على أن القاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة مع مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط . ويخلص من هذا النص أن القاصر المميز - أياً كانت سنه - متى وضع تحت تصرفه مال لينفق منه على نفسه ، كانت له أهلية التصرف كاملة فى هذا المال . فيجوز له أن يشتري بهذا المال ما يحتاج إليه من مأكلى وملبس وغير ذلك ، ويجوز له

أن يبيع المال إذا كان غير نقد للمحصل على نقد ينفق منه على نفسه . فهو كامل الأهلية في التصرف ، بيعاً وشراءً والتزاماً ، في حدود المال الموضوع تحت تصرفه للنفقة .

٥ - وتنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال على أنه : إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك إذناً له في التصرف في المهر والنفقة ، مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق . ويخلص من هذا النص أن القاصر إذا أذنت له المحكمة في الزواج - ويجب أن يبلغ الثامنة عشرة إذا كان ذكراً والسادسة عشرة إذا كان أنثى وفقاً للقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ - تضمن هذا الإذن إذناً في أن يتصرف الزوج في المهر باعطائه لزوجته وفي التصرف في ماله للنفقة على زوجته ، وتضمن إذناً في أن تتصرف الزوجة في المهر الذي تأخذه من زوجها فتكون ذا الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها في أن تشتري جهازها من هذا المهر . وهذا كله مالم تقرر المحكمة غيره عند الإذن في الزواج ، أو في قرار لاحق لهذا الإذن .

المطلب الثاني

عيوب الرضا في عقد البيع

٦٠ - **نطيس الفواهر العامة :** عيوب الرضاء في عقد البيع هي عيوبه في أى عقد آخر ، فيعيب إرادة أى من البائع والمشتري أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس (١) أو إكراه أو استغلال . فاذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب ،

(١) ومن صور التدليس في البيع صورة تسمى باحتكار البيع (vente à monopole) . فيمهد منتج السلعة إلى الاتفاق مع تاجر يبيع منه سلعته بيعاً باتاً ، ليقوم التاجر بعد ذلك ببيعها من الصلا لحسابه . ويؤخذ له أنها رابحة كل الزواج ، فيحمله بذلك على أن يقلل شراء كميات كبيرة منها على أن يحتكر بيعها وحده . ثم يتبين التاجر أن السلعة ليست رابحة ، بعد أن يكون قد اشترى هذه الكميات الكبيرة اطمئناناً إلى تأكيدات المنتج ، فتصيبه من جراء ذلك خسارة جسيمة . وقد سار القضاء الفرنسي على اعتبار مجرد التأكيدات الكاذبة صادرة من منتج السلعة عن رواج سلعته تدليلاً يجعل البيع الصادر منه للتاجر قابلاً للإبطال (بيدان ١١ فقرة ٢٢ - الأستاذ جيل اشرفاوى فقرة ٢٠ - وقد أشار بيدان =

كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب . وفي الاستغلال
يكون البيع قابلاً للإبطال أو قابلاً للإقاص وفقاً للقواعد المقررة في الاستغلال ،
وقد سبق تفصيلها في الجزء الأول من الوسيط . ولغبن أحكام خاصة في عقد
البيع ، سنتناولها عند الكلام في الأمر .

ولا جديد يقال في البيع في حدود هذه العيوب ، فينبع فيها القواعد المقررة
في النظرية العامة في الأمر فيما يتعلق بعيرب الإرادة (١) كما هي مبسطة تفصيلاً

= في القضاء الفرنسي إل الأحكام الآتية : محكمة السبق التجارية ٢٤ يولييه سنة ١٩٢٩ مجلة القانون
الفرنسي ١٩٢٦ ص ٢٥٥ - محكمة مارسيلا التجارية أول ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة مارسيلا
١٩٢٣ - ١ - ١٩٣٥ - محكمة المان ٧ نوفمبر سنة ١٨٣٤ جازيت دي باليه ١٩٣٤ - ٢ - ١٠١٩
- محكمة برونشون ٨ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دي باليه ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ .

(١) وفي بعض الحالات محكمة التعليل في عيوب الرضا في البيع : نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٤٩
مجموعة صر ٣ رقم ٨٩ ص ٢١٦ (التفصيل في العيب والأمراض البشيمية بين شائما أن يجعل
الإرادة مبنية) - نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة صر ٥ رقم ٤٤٣ ص ٥٠٣
(أمر ١٦ مايو ١٩٢٥ حذ قبالاً محالاً حذ آخر : غلطاً مادي يصحح) - نقض مدني ١٥ مايو
سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٥ ص ١٠٨٢ (كتمان البائع عن المشتري أن المحل
للتجاري المبيع قد تحكم بطلانه لعدم الرخصة بمتبر تدليلاً ، ولو كان المشتري يعلم بأن المحل غير
مرخص لأنه كان يرجو الحصول على الرخصة) - نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة
أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص ١٥٨٣ (من قصت المحكمة لأسباب سائلة في حدود سلطتها
التقديرية وقوع إكراه مؤثر في إرادة البائع أو تدليس مفيد لرضائه ، فإنها لا تكون ملزمة
بإجراء تحقيق لا ترى أنها في حاجة إليه) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في عيوب الرضا في البيع : ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١
م ١٤ ص ٥٣ (اشترى أرضاً كان يعتقد أنها تجاور أسكنين يؤديان إلى الطريق العام فتبين عدم
صحة ذلك : يمد غلطاً) - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٧١ ص ٢٠٤ (لا يمتد بالغلط في تعيين
الحدود إذا كانت ذاتية الأرض معروفة للمشتري) - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٩
(الاحتياط في أسهم شركة لم تحصل على قرطلة مخدري دون أن يعلم للمكتنوف ذلك يكون مشوياً
بالغلط) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ (يعد غلطاً أن يقصد المشتري شراء نمرة
كاملة ١٥٤ في أرض مقسمة وأن يقصد البائع بيع جزء من نمرة وجزء من نمرة أخرى ،
ولو تساوى الشئان في المساحة والمنفعة) - ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ (اشترى
أرضاً قسمت في الخطوط لافي الطبيعة وكان يعتقد أنها تجاور طريقاً عاماً فظهر غير ذلك : يمد
غلطاً) - ٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٧٠ (لا يمد غلطاً أن يكون أحد حدود الأرض
طريقاً خاصاً وكان المشتري يظن طريقاً عاماً) - ١٩ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٥ - ٢٠ (يعد
غلطاً أن يقصد المشتري شراء شيء آخر فإذا هو مقلد ، ولو كان المشتري ذا خبرة بالآثار ، =
(الوسيط - م ٨)

في الجزء الأول من الوسيط .

ولكن الغلط في المبيع في عقد البيع له شأن خاص ، إذ يتصل اتصالاً وثيقاً بالعلم بالمبيع وبخيار الرؤية وهو الخيار المعروف بالفقه الإسلامي ، فتناوله هنا في شيء من التفصيل .

٦١ - علم المشتري بالمبيع - النص من الفانونية : تنص

المادة ٤١٩ من القانون المدني على ما يأتي :

- ١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .
 - ٢ - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع (١) .
- ويقابل هذا النص في القانون المدني السابق المواد ٢٤٩-٢٥٣/٢٥٣-٣١٥-٣١٩ (٢) .

= فلا يتقيد في رفع دعوى الغلط بمدة التقادم القصيرة المقررة في ضمان العيب الخفي) - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ (لا يمد غلطاً الخفاً في تعيين الخسائر مادامت ذاتية الأرض معروفة) - ٢٤ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢٦ (لا بد من بيان ربيع المبيع في العقد الابتدائي حتى يستلزم المشتري أن يتسك بالغلط في قيمة المبيع لأن ربيع أقل مما قدر) - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨ (غلط المشتري في ذاتية الأرض التي اشتراها) - وانظر أيضاً في الغلط والتدليس : ٢٨ مايو ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ (غلط) - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ (غلط) - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ (تدليس) - ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢١ (تدليس) - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ (الغلط بأنواعه المختلفة) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

- ١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه . ٢ - إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت تدليس البائع . وفى لجنة المراجعة خور النص تحويراً لفظياً ، وحشد في دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في القانون المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٣٢ في المشروع النهائي . ووافق على مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨ و ص ٢٠) .

(٢) القانون المدني السابق م ٣١٥/٢٤٩ : يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ،

إما بنفسه أو بمن وكله عنه في مابينه . م ٣١٦/٢٥٠ : إذا لم يشاهد المشتري جزاءً =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في بين المدني السوري
المادة ٣٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٨ - وفي التقنين المدني العراقي

= إلا بعض المبيع ، وتبين أنه لو رآه كله لامتنع من شرائه ، فليس له إلا أن يتحصل على الحكم
بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط حقه في طلب الفسخ
إذا تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان .

م ٣١٧/٢٥١ : إذا ذكر في عقد المبيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال
البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إذا أثبت تدليس البائع عليه .

م ٣١٨/٢٥٢ : بيع الأشياء التي لم يداينها المشتري ولا وكيله في المعاينة لا يكون صحيحاً
إلا إذا كان عقد البيع مشتتاً على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكن الكشف عليه وتحقق
حاله .

م ٣١٩/٢٥٣ : البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المعاينة ،
أو حصلت معاينته من عين معتداً عليه في ذلك .

وقد تلخص التقنين المدني الجديد هذه النصوص الخمسة في نص واحد هو المادة ١٩ المتضمن
ذكرها . وقد جاء في صدها في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : « هذا النص
يلخص خمسة نصوص في التقنين المصري الحال (السابق) هي المواد ٢٤٩ — ٣١٥/٢٥٣ —
٣١٩ ، كل وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة
لقانون المدني وهذه لا تشترط رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً معيناً كافياً .
فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع علماً كافياً ، وحذفت عبارة « إما بنفسه
أو بمن يوكله عنه في معاينته » من نص التقنين الحال (السابق) لبداهتها . ثم أراد أن يوفق
بين هذا العلم — والمقصود به خيار الرؤية — وبين الاكتفاء بتبين الشيء . فذكر أن العلم يعتبر
كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه (أنظر
م ٣١٨/٢٥٢ مدني) . ف رؤية المبيع يفي عن تعيينه بأوصافه الأساسية تعييناً من شأنه أن يمكن
تمييزه عن الأشياء الأخرى . وبدعى أن هذا التمييز يختلف باختلاف الأشياء — ثم نقل المشروع
المادة ٣١٨/٢٥١ من التقنين الحال (السابق) ، فقرر أنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري
عالم بالمبيع سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت تدليس البائع .
وقد أغفل المشروع نصين في التقنين الحال (السابق) لا فائدة من إيرادها ، أحدهما يقضي بأنه
« إذا لم يشاهد المشتري جزاءً إلا بعض المبيع . وتبين له أنه لو رآه لامتنع عن شرائه ، فليس
له إلا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط
حقه في طلب الفسخ إذا تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان (م ٣١٦/١٥٠ مصري) »
ويقضي النص الثاني بأن البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير
المعاينة أو حصلت معاينته من عين معتداً عليه في ذلك (م ٣١٩/٢٥٣) . ووضح أن في الفوائد
العامة في من ذكره هذين الحكمين (مجموعة الأحكام التحضيرية ٤ ص ١٨ — ص ١٩) .

المواد ٧١٥-٥٢٣ وفي تقنين المرجبات والمقود لا يوجد نص مقابل (١)

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٧ (مطابقة المادة ٤١٩ من التقنين المدني المصري. وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩ - فقرة ٤٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٨ (مطابقة المادة ٤١٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥١٧ : ١ - كل من اشترى شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه ، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع . ولا لأخيار البائع فيما باعه ولم يره . ٢ - والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو لمس أو للشم أو للذوق .

م ٥١٨ : الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكن رؤية النموذج فيها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه ، كان المشتري مخيراً بين قبوله بالتمسك المسمى أو رده بفسخ البيع . ٢ - فإذا تبين النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون دائماً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

م ٥١٩ : ١ - إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفة واحدة ، فلا بد لزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدة . ٢ - وإذا كان المشتري رأى بعضها ، ففى رأى الباقي جاز له أخذ جميع الأشياء أو ردها جميعاً ، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي .

م ٥٢٠ : ١ - إذا وصف شيء للأعشى وعرف وصفه ثم اشتراه ، لا يكون مخيراً . ٢ - ويسقط على كل حال خيار الأعشى بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشومات وذوق المنومات .

م ٥٢١ : الركيل بشراء شيء والركيل بقبضه رؤيتهما كروية الأصل ، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشتري .

م ٥٢٢ : من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه ، فلا خيار له إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه .

م ٥٢٣ : ١ - يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، ويتصرفه في البيع قبل أن يراه ، ويأقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، ويتيب المبيع أو هلكه بعد القبض ، وبصنوعه يطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبعضى وقت كاف يمكن للمشتري من رؤية الشيء دون أن يراه . ٢ - والبائع أن يحدد للمشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد المبيع خلال هذه المدة

(والتقنين العراقي أخذ بخيار الرؤية المعروف في الفقه الإسلامى ، ولكنه أقام مقام الرؤية وصف الشيء وصفاً يعنى من الرؤية . انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٦٧ - فقرة ٧٦ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢١٥ ويميز بحثى

٦٢ - القواعد العامة المنقولة بعلم المشتري بالبيع : لو أن نص المادة ٤١٩ مدنى لم يوجد ، لوجب ألا تتطلب أن يكون للمشتري علماً بالبيع ذاتاً ، ولكن أن يكون المبيع معيناً معيناً كافياً يميزه عن غيره ويكون مانعاً من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشتري عالماً به . وهذه هي القواعد العامة المتعلقة بتعيين محل الالتزام ، سبق بسطها في النظرية العامة للمحل . فإذا كان المبيع داراً مثلاً ، ولم يرها المشتري ، ولكنها عينت تعييناً كافياً بأن ذكر موقعها و-حدودها ، فقد كان ينبغي أن هذا التعيين يكفي ولو لم يكن للمشتري سابق علم بالدار .

فكان ينبغي إذن ألا تشترط رؤية المشتري للبيع ، ولا سابق علمه به ، ولا وصفه بأكثر من الأوصاف التي تكفي لتعيينه . على أنه يجب ألا يكون للمشتري واقعاً في غلط في صفة جوهرية في المبيع ، وهذا الغلط لا يفترض ، فعلى المشتري الذي بدعيه يقع عبء إثباته . ولكن الفقه الإسلامى ، وبخاصة للمذهب الحنفى ، يثبت للمشتري الذى لم ير المبيع خياراً يسميه خيار الرؤية ، يستطيع المشتري بموجبه أن ينقض البيع ويرد المبيع إذا رآه فوجده على خلاف ما ظن . وقد أراد التقنين المدنى الجديد ، على غرار التقنين المدنى السابق ، أن يوفق بين خيار الرؤية وبين القواعد العامة التى سبقت الإشارة إليها في تعيين المبيع والغلط في صفة جوهرية فيه . فنستعرض في إيجاز خيار الرؤية في الفقه الإسلامى ، في المذهب الحنفى وفي غيره من المذاهب الأخرى ، ثم ننقل إلى أحكام التقنين المدنى المصرى التى أريد بها التوفيق بين أحكام خيار رؤية وبين هذه القواعد العامة .

٦٣ - خيار الرؤية في الفقه الحنفى : يثبت خيار الرؤية ، في المذهب الحنفى ، في عقد البيع ، ويثبت للمشتري دون البائع . فمن اشترى عيناً معينة

= بين خيار الرؤية والغلط فيدفع بذلك عن وجود خيار الرؤية في القانون المدنى العراقى على خلاف رأى الأستاذ حسن الذنون .

تقنين الموجبات والعقود البنائى : لم يرد شيء خاص بخيار الرؤية ، فتسرى القواعد العامة المتعلقة بوجوب تعيين المبيع تعييناً كافياً .

بالبذات ، ولم يكن قد رآها لا وقت البيع ولا قبل البيع (١) ، كان له الخيار إذا رآها ، ولو كان اشتراها على الصفة وظهرت على ما وصفت ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو الخيار إذا رآه . أما البائع فلا خيار له ، حتى لو لم يكن قد رأى العين التي باعها قبل بيعها . ووقت ثبوت خيار الرؤية للمشتري هو وقت الرؤية لا قبلها ، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية ورضى بالبيع ، فإنه له بالرغم من ذلك أن يرده إذا رآه ، لأن زواله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به . واختلف في جواز الفسخ قبل الرؤية ، والصحيح أنه يجوز .

والمقدّر حال قيام خيار الرؤية غير لازم من جهة المشتري ، فلهذا الرجوع عنه وفسخه بعد الرؤية ، بل وقبلها كما سبق القول . أما البائع فقد قلنا أنه لا خيار له ، فالمقدّر يكون لازماً من جهته . وعدم لزوم المقدّر من جهة المشتري يقرم في أساسه على فكرة الغلط ، إذ يفترض إن المشتري لم يجد المبيع على الحال التي ظنها ، بل وجده على حال لا يصلح معها للفرض المقصود ، فأساس خيار الرؤية هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته .

ويسقط خيار الرؤية : (١) برؤية المشتري للعين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة . ولا تلزم رؤية جميع أجزاء المبيع بل يكفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود من العين المبيعة (٢) . فإذا تمت رؤية المبيع على الوجه المتقدم جاز للمشتري إمضاء البيع برضائه بالمبيع كما جاز له فسخه . والفسخ يثبت له منذ البداية ، حتى قبل الرؤية على الرأي الصحيح كما قلنا . والمخيار في المذهب الحنفي أن خيار الرؤية لا يتوقت ، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه . فليس هناك وقت معلوم يجب أن يستعمل فيه المشتري خياره في الإمضاء أو في الرد ،

(١) فإذا كان المشتري لم ير المبيع وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك ، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم يتغير ، فلا خيار له . وإن كان قد تغير عن حاله ، فله الخيار ، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه (أنظر م ٢٢ مدني عراق آنفاً فقرة ٦١ في الهامش) .

(٢) أنظر في تفصيلات رؤية الشيء - وهي مأخوذة من المذهب الحنفي - المواد ٥١٨-٥٢١ .
التفتين المدني العراقي ، وقد سبق ذكرهما (آنفاً فقرة ٦١ في الهامش) .

وما دام ساكناً فخياريه قائم إلى أن يصدر منه ما يدل على الإمضاء أو الرد ، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازماً في حالة الإمضاء مستقضاً في حالة الرد . وهناك قول بأن خيار الرؤية موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن المشتري من الفسخ ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ سقط خياره وازم المبيع (١) .

(٢) بموت المشتري قبل أن يختار ، فيلزم البيع بموته . ولا ينتقل الخيار إلى ورثته ، لأن خيار الرؤية لا يورث . (٣) بهلاك بعض المبيع أو نفيه أو تغييره قبل أن يختار المشتري . (٤) بتصرف المشتري في المبيع . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان التصرف صادراً قبل رؤية المشتري للمبيع أو بعد الرؤية . فان كان صادراً قبل رؤيته ، وكان التصرف لا يمكن رفعه كالإعناق والتدبير ، أو كان لازماً بموجب حقاً للتغير كالمبيع والمبة مع التسليم والرهن والإجارة ، سقط خيار الرؤية . ذلك أن تعذر فسخ هذه التصرفات يوجب لزوم المبيع ، لأن الفسخ إذا تعذر لم يكن في بقاء الخيار فائدة فيسقط . ويبقى الخيار ساقطاً حتى لو تنقضت هذه التصرفات اللازمة ، كما لو باع أو رهن أو أجر ثم رد عليه بعيب أو افلست الرهن أو انقضت مدة الإجارة . فخيار الرؤية لا يعود بعد أن سقط ، إذا الساقط لا يعود إلا بسبب جديد ، أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري قبل الرؤية تصرفاً غير لازم ، كما لو باع بشرط الخيار أو عرض للبيع أو وعدب ولم يسلم أو كان المبيع داراً فيعت دار مجنبها فأخذها بالشفعة ، لم يسقط خيار الرؤية ، لأن هذه التصرفات يمكن للمشتري الرجوع فيها ولا بتعذر فسخها ، وكل ما تدل عليه هو الرضا ، والخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا ، فبدلالة الرضا أولى ألا يسقط . بقيت التصرفات الصادرة من المشتري بعد الرؤية ، فهذه سواء كان يمكن رفعها أو يمكن ، تعذر فسخها أو لم يتعذر ،

(١) وقد اختار التقنين المدني العراقي هذا القول ، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٢٢٣ من القانون على أن : « يسقط خيار الرؤية .. بصور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبعض وقت كاف يمكن للمشتري من رؤية الشيء دون أن يرد » . وتنبه الفقرة الثانية من المادة ٢٢٣ ما يأتي : « ولما أتى أن يحدد المشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد للمبيع في خلال هذه المدة » (انظر آتياً فقرة ٦١ في الحاشي) .

فإنها تسقط ضيار الرؤية. إذا أقل ما تدل عليه الرضا ، والخيار بعد الرؤية يسقط الرضا صراحة أو دلالة (١) .

٦٤ - خيار الرؤية في المذهب الاضري في الفقه الاسلامي :

والمذهب الحنفي وحده هو الذي يعرف خيار الرؤية على النحو الذي بسطناه ، أما المذاهب الأخرى فتختلف أحكامها في هذا الخيار من أحكام للمذهب الحنفي ، وفيه خمسة أصناف من خيار الرؤية :
ففي مذهب مالك ، إذا كانت العين المبيعة حاضرة في مجلس العقد لم يكن في رؤيتها مشقة وجب أن يراها المشتري ليصح العقد . فإذا اشتراها بعد رؤيتها انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً ولا خيار فيه للرؤية ، وإذا اشتراها دون أن يراها لم يصح البيع . وهذا هو الحكم أيضاً إذا كانت العين قريبة جداً من مجلس العقد ، بحيث يمكن رؤيتها دون مشقة . أما إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد ، أو كانت حاضرة ولكن فيها مشقة كثرة بحيث أن يلحقه الفساد من تكرار التشرع عليه ، جاز بيعها على الصفة إذا لم تكن بعيدة جداً ، فتوصف وصفاً يميزها عن غيرها ويفرد بذاتها . فإذا بيعت العين على هذا النحو انعقد البيع نافذاً وليس للمشتري خيار الرؤية ، ولكن له خيار الوصف إن جاءت العين على غير ما وصفت . ويدخل في البيع على الوصف ما يعرف

(١) وقد جاءت هذه الأحكام نقلاً عن المذهب الحنفي في التفتين المدني العراقي ، فنصت المادة ١/٥٢٣ من هذا التفتين على ما يأتي : « يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، ويتصرف في البيع قبل أن يراه ، وبإقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، ويتعيب الشيء لو هلكه بعد القبض ، وبصدور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه » (انظر أيضاً فقرة ٦١ في الهامش) . ويلاحظ أن التفتين العراقي أصناف سبعين في إسقاط خيار الرؤية : وصف الشيء وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، وإقرار المشتري في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته . ونرى أن التفتين المصري هو أيضاً جعل هذين السببين مسقطين لخيار الرؤية : فوافق بذلك بين أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقواعد العامة المتعلقة بتعيين المبيع .

وانظر في خيار الرؤية في المذهب الحنفي مصادر الحق في الفقه الاسلامي المؤلف جزء ٤ ص ٢٤٨ - ٢٥٨ ، حيث ذكرت المصادر والنصوص الفقهية في خيار الرؤية .

بالباع على البرنامج ، بأن تذكر أوصاف العين في دفتر مكتوب ، فيشتريها المشتري على هذه الأوصاف ، فان وجدت لزوم البيع ، وإلا كان للمشتري خيار الوصف . وبغني عن الوصف رؤية متقدمة ، بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأى العين قبل البيع ولم تتغير العين وقت البيع عما كانت عليه وقت الرؤية . فإذا لم تسبق للمشتري رؤية العين ، ولم توصف على النحو المتقدم أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً ، لم يجوز البيع إلا إذا جعل المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع . أما إذا انعقد البيع على الإلزام بأن اشترط البائع على المشتري ألا يكون له الخيار أو سكت العقدان عن شرط الخيار ، فالبيع باطل . ويستخلص من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في مذهب مالك ، إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف ، أو في حالة العين البعيدة جداً ولو وصفت ، مادامت العين في هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها ، ولا ثبت الخيار إلا بالشرط .

وفي مذهب الشافعي ، في قوله القديم ، يجوز بيع العين الغائبة ويثبت للمشتري خيار الرؤية . ثم إن في افتقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه : أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات ، والثاني أنه لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، والثالث أن صحة البيع لا تقتصر إلى ذكر شيء من الصفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأن الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشتري خيارها . وأما إذا رأى المشتري المبيع قبل العقد ثم اشتراه دون أن يراه وقت البيع ، فإن كان مما لا يتغير كالعقار ونحوه جاز بيعه . وهذا القول القديم في مذهب الشافعي يقارب المذهب الحنفي في خيار الرؤية ، فهو يثبت للمشتري هذا الخيار حتى لو ذكرته جميع صفات المبيع . وفي القول الجديد رؤية المبيع شرط في صحة العقد ، سواء كانت العين حاضرة أو غائبة ، وسواء لم يسبق للمشتري رؤيتها أو سبق ، ففي جميع الأحوال لا يصح البيع إلا في المبيع المرئي وقت العقد . ومن ثم لا يكون للمشتري خيار الرؤية ، فهو قد رأى العين وقت العقد ورضى شرائها . بل إن رؤيتها وقت العقد شرط في صحة البيع كما قلنا (١) .

(١) والشافعي ، في اشتراطه في قوله الجديد رؤية المبيع وقت انعقد لصحة البيع ، يذهب كثيراً في مجال التعامل . وهو يحتج لقوله هذا بنهي النبي عليه السلام عن بيع الغرر والغرر موجود فيما لم يره المشتري ، ونهيه عليه السلام عن بيع ما ليس عند الإنسان والمراد ما ليس

والظاهر في مذهب أحمد بن حنبل أن العين الغائبة التي لم توصف ولم تقدم رؤيتها لا يصح بيعها . فوجب ، حتى يصح العقد ، إما الرؤية من المشتري والبايع جميعاً ، وإما سبق الرؤية بزمن لا تتغير العين فيه ، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفي لصحة السلم . فان وقع البيع على هذا النحو كان صحيحاً لازماً ، وليس للمشتري ولا للبايع خيار الرؤية فيه . لكن إذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف ، كان للمشتري خيار الخلف في الوصف . وإذا كانت العين حاضرة في مجلس العقد ، اشترطت رؤية ما هو مقصود بالبيع ، وهذا ما لم يوصف المبيع . وبين من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في الظاهر من مذهب أحمد ، إذ البيع لا يصح إلا برؤية المبيع أو بوصفه ، فلا مجال بعد ذلك لخيار الرؤية (١) .

ويستخلص مما قدمناه في المذاهب الثلاثة أن وصف المبيع يعني عن رؤيته ، فالبيع على الوصف جائز ، وليس للمشتري عند ذاك خيار الرؤية وإنما له خيار الخلف في الوصف . وهذا الذي استخلص من المذاهب الثلاثة هو ما أكل به التقنين المدني المصري أحكام خيار الرؤية بعد أن أخذ هذه الأحكام من المذهب الحنفي ، فجعل الوصف مغنياً عن الرؤية ، بل جعل إقرار المشتري أنه عالم بالمبيع بمثابة الرؤية كما سنرى .

== يحاضر مرقى للمشتري . ويذهب إلى أن المقصود في المبيع هو المالة ومقدار المالة لا يصير معلوماً إلا بالرؤية ، فالجهل بمقدار المالة قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالة . ويقول إن البيع بيع دين وبيع عين . والطريق لمعرفة المبيع فيما هو دين الوصف ، وإذا تراعى الوصف عن حالة العقد لم يجز البيع . أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية ، وإذا تراخى الرؤية عن حالة العقد لم يجز هنا أيضاً البيع (مصادر الحق في الفقه الإسلامى المجلد ٤ ص ٤٦٤) .

(١) وهناك رواية ثانية في مذهب أحمد ، هي أنه يجوز بيع العين التي لم توصف ولم تقدم رؤيتها ، ويكون للمشتري في هذه الحالة خيار الرؤية ، بل إن البايع يكون له هو أيضاً خيار الرؤية إذا لم تسق له رؤية المبيع . وفي رواية ثالثة أن البيع على الصفة لا يجوز ، وإن البيع على رؤية سابقة لا يجوز ، فيشترط إذن في صحة البيع رؤية المبيع حال العقد . وتتفق هذه الرواية الثالثة في مذهب أحمد مع مذهب الشافعي في قوله الجديد .

وانظر في خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة مصادر الحق في الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٤ ص ١٥٩ - ص ٢٦٧ ، حيث ذكرت المصادر والنصوص التفهيمية .

٦٥ - خيار الرؤية في التفنين المدني المصري : وعند نقل التفنين المدني الجديد ، على غرار التفنين المدني السابق ، خيار الرؤية على الفقه الإسلامي ، مع بعض تعديلات تظهر مما يأتي (١) .

فقد أوجب - في المادة ٤١٩ مدني وفد تقدم ذكرها - أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . والعلم بالمبيع شيء غير تعيين المبيع ، فقد يكون المبيع معيناً لكل التعيين ولكن المشتري لا يعلمه . والأصل في العلم بالمبيع أن يكون برؤية المبيع ذاتاً ، ولكن التفنين المدني لم يجعل الرؤية هي الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع ، بل جعل إلى جانب هذا الطريق طريقين آخرين .

أولاً : أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه . وهذه خطوة أبعد من تعيين المبيع ، إذ يكفي في تعيين المبيع أن يكون معروفاً بذاته لا يقع لبس فيه . فإذا باع شخص داراً معروفة للناس إذا ذكرت فلا يقع لبس فيها ، كانت العين المبيعة معينة تعييناً كافياً ، ولكن المشتري قد لا يكون رأى الدار وليس له سابق علم بها . فلا يكفي إذن ، لصحة البيع ، أن تكون الدار معينة تعييناً كافياً ، بل يجب أيضاً بيان أوصافها الأساسية بياناً يمكن من تعرفها ، فيذكر موقع الدار وحدودها ومساحتها وعدد طبقاتها وما يتبع الدار من ملحقات ونحو ذلك مما يجعل صورة الدار مرسومة رسماً واضحاً في ذهن المشتري ، فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية (٢) . وقد رأينا أن المذاهب الثلاثة ، بخلاف المذهب الحنفي ، تستغني من الرؤية بالوصف .

ثانياً : إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع . فقد لا يوصف المبيع المعين على النحو الذي قدمناه ، ولكن المشتري يذكر في عقد البيع أنه يعرف المبيع أو سبق له رؤيته ، فيكون إقراره هذا حجة عليه . ولا يستطيع بعد ذلك أن يظعن في البيع بالابطال بدهوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت

(١) وفي القانون الفرنسي بيع قريب من البيع بخيار الرؤية يسمى البيع مع الاحتفاظ بحق المردول *vente en disponible* ، وهو بيع بفصائع في مخازن البائع لم يرها المشتري ، وله الحق في قبولها أو رفضها عند رؤيتها (أنظر في هذا البيع بودري وسينيا فقرة ١٨٣ رابعا) .

(٢) استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ الهامة ٢ رقم ٢/١٢٢ ص ٤٨٦ - استئناف

أن البائع قد دلس عليه ، بأن أراه مثلاً عيناً أخرى وأوممه أنها العين المبيعة ،
ففي هذه الحالة له أن يتمسك بإبطال البيع للتدليس لا للغلط (١)

ونرى من ذلك أن خيار الرؤية في التقنين المدني المصري قد آت في النهاية
إلى وصف المبيع في عقد البيع وصفاً مميزاً له عن غيره بحيث يتمكن
المشتري من تعرفه . فإذا لم يوصف على هذا النحو ، وجب على الأقل أن يقر
المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع .

ولا يظهر إذن خيار الرؤية إلا في الفرض النادر الآتي : تكون العين المبيعة
معبنة تمييزاً نافياً للجهاالة الفاحشة ، ولكنها لا توصف الوصف المميز الذي يمكن
من تعرفها ، وفي الوقت ذاتها لا يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ،
ولم يكن قد سبقت له رؤيتها . ففي هذه الحالة وحدها يثبت للمشتري خيار
الرؤية ، على نحو لأم فيه التقنين المدني بين أحكام الفقه الإسلامي والمبادئ
العامة للقانون المدني (٢) فخرج خيار الرؤية على نظرية الغلط ، وافترض أن

(١) استئناف وطني ٢٨ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوقي ٢٣ ص ١٨٥ - استئناف غنط
٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ - ونقول الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ مدني : « وإذا
ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى دلس عليه
به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع » . ولما كان الإقرار بالعالم بالمبيع هو حجة على المشتري ،
كما قدسنا ، فهو دليل على أن المشتري لم يقع في غلط في شأن وفاة المبيع بالتدليس المقصود منه ،
ومن ثم يكون البيع صحيحاً . ويكون من غير الدقيق أن يقول النص في هذا الصدد إن المشتري
« يسقط » حقه في طلب إبطال البيع ، فالمشتري لا يستطيع الطعن في البيع ، لا لأن حقه في طلب
إبطال البيع قد سقط ، بل لأن البيع صحيح وليست هناك دعوى لإبطال أصلاً حتى يقال إنها
قد سقطت (أنظر في هذا المعنى الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١ ص ٧١ - الأستاذ
مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري ص ٧١ هامش رقم ٢) .

(٢) فإذا ثبت ، رغم عدم وصف المبيع الوصف المميز له ورغم عدم إقرار المشتري في عقد
البيع أنه عالم بالمبيع ، أن المشتري لم يكن يجهل المبيع وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ،
لم يحل له حق الطعن في البيع . وهذه مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض . وقد قضت محكمة
النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت أن المشتري لم يكن يجهل مساحة المنزل الذي
اشتراه ، وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ، وكان هذا الاستخلاص سليماً مبنياً على ما أوردته
في حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، فلا يجوز به ذلك إثارة هذا الأمر أمام محكمة
النقض لتعلقه بموضوع الدعوى (بنقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٣
رقم ٧٢ ص ٢٥٩) .

المشتري في الحالة التي نحن بصدددها ، إذا رأى المبيع فلم يجده وائياً بالغرض المقصود ، قد وقع في غلط جوهرى في شأن المبيع . فهو لم يره ولم يوصف له ، ولكنه أقدم على شرائه بالرغم من ذلك ظاناً أنه يبنى بالغرض المقصود . فلما رآه وجده غير واف بهذا الغرض ، فيكون قد وقع في غلط جوهرى كما قلنا ، وله أن يطلب إبطال البيع وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الغلط (١) . وخصوصية الغلط هنا أنه غلط قد أعفى المشتري من إثباته ، فهو غلط مفترض ، وبكفى أن يدعيه المشتري حتى يصدق بقوله ، بل يطلب منه أن يحلف اليمين . فما دام أنه لم ير المبيع من قبل ، ولم يوصف له الوصف اللازم ، ولم يقر أنه عالم به ، فالمفروض قانوناً أنه إذا رد المبيع بعد رؤيته فليس ذلك إلا نتيجة لوقوعه في غلط جوهرى من حيث وفاء المبيع بالغرض المقصود (٢) .

(١) والذى يقطع في أن التفتين المدعى قد خرج خيار الرؤية على نظرية الغلط أن المشروع التمهيدى لفقرة الثانية من المادة ١٩ كانت تجري على الوجه الآتى : « إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع » . وفى لجنة المراجعة حدد في دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال (أنظر تاريخ نص المادة ١٩ آنفاً فقرة ٦١ فى الماشى) . ويخلص من أن الجزاء على عدم العلم بالمبيع - أى عدم الرؤية - هو إبطال البيع ، ولا يكون الإبطال فى هذه الحالة إلا لغلط .

وانظر فى أن المقصود بعدم العلم بالمبيع هو عدم الرؤية المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى ص ١٩ ، وقد سبق ذكرها آنفاً (فقرة ٦١ فى الماشى) .

(٢) وإذا فرضنا أن المشتري قد ثبت له خيار الرؤية على النحو الذى بيناه ، فهل يسقط هذا الخيار بما يسقط به فى الفقه الإسلامى مادام أنه مأخوذ ؟ نرى الأخذ بهذا الرأى ، فيسقط خيار الرؤية فى التفتين المدعى المصرى بما يأتى : (١) برؤية المشتري العين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة . فإذا رأى المشتري العين وسكت بحيث يفهم من سكوتة رضائه بالمبيع ، فقد سقط خياره . أما إذا أعلن المبيع لايق بالغرض المقصود ، فإن له أن يطعن فى البيع بالإبطال لغلط ، ولا تسقط الدعوى إلا بمضى ثلاث سنين من وقت رؤيته للعين ، كما هو الأمر فى دعوى الإبطال ، وذلك كله بشرط أن يعلن عدم رضائه بالمبيع عند رؤيته دون تأخر ، وإلا عد راضياً به وسقط خياره . (٢) بموت المشتري قبل أن يختار ، لأن خيار الرؤية لا يورث . (٣) بهلاك المبيع أو تبعضه أو تغييره قبل أن يختار المشتري . (٤) بتصرف المشتري فى المبيع قبل رؤيته تصرفاً يثبت حقاً للغير على العين المبيعة ، كما إذا باعها أو رهنها . أما تصرفه فى المبيع بعد رؤيته فهذا يستخلص منه رضاه ضمنى بالمبيع ، ومن ثم يسقط خياره . وفى هذا الصدد يحسن التمييز بين نزول المشتري من خياره وبين رضائه بالمبيع . فى الحالتين لا يكون له خيار . ولكنه فى الحالة الأولى يكون قد ثبت له الخيار ، ونزل عنه ، لى أنه تبين أنه كان واقعاً فى غلط فى شأن المبيع ومع ذلك نزل من دعوى الإبطال وأجاز البيع . أما فى الحالة الثانية فإنه برضائه بالمبيع يكون قد أقر أنه لم يقع فى غلط أصلاً ، بل إن البيع قد نشأ صحيحاً منذ البداية

هذا هو القدر الذى أخذ به التفتين المدنى فى خيار الرؤية . وغنى عن البيان أنه لو لم يأخذ بهذا القدر ، وادعى المشتري بعد رؤية المبيع أنه وقع فى غلط جوهرى من حيث وفائه بالغرض المقصود ، لكان عليه عبء إثبات هذا الغلط . فتحرر الغلط من غلط واجب الإثبات إلى غرض مفترض هو الأثر الذى ترتب على أخذ التفتين المدنى بخيار الرؤية (١)

المبحث الثالث

بعض البيوع الموصوفة

٦٦ - يبرئ على البيع ما يبرئ على سائر العقود من أوصاف :
والبيع كسائر العقود قد تدخل عليه أوصاف مختلفة ، فيكون معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل ، ويكون متعدد المحل بأن يكون بيعاً مع خيار التعيين أو بيعاً ينطوى على التزام بدلى كالبيع بالعربون . والقواعد العامة التى سبق أن بسطناها فى أوصاف الالتزام من شرط (٢) وأجل (٣) ومن التزام تخييرى (٤) والالتزام

انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠ وفقرة ٥٧ - الأستاذ منصور مصطنع منصور فقرة ٤١ - الأستاذ جليل الشرقاوى ص ٤٢ - ٤٣ - وقارب الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٨٠ - فقرة ٨١ - وقارن الأستاذ محمد حلمى ميسى فقرة ١٠٦٥ - الأستاذين احمد نجيب الهلال وحامد وكي هاشم ص ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١١٤ - فقرة ١١٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٧٨ - فقرة ٧٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٢٩ .
(١) فتكون خصوصية الغلط هنا من ناحيتين : أولاً - أنه غلط خاص بوفاء العين المبيعة . بالنظر المقصود منها . ثانياً - أنه غلط يفترضه القانون ويعنى المشتري من إثباته ، فيصدق المشتري بقوله دون يمين .

(٢) ونشير هنا فى إيجاز إلى أثر تعليق البيع على الشرط فى نقل الملكية . فإذا كان الشرط واقعاً ، فإن الملكية الباتة لا تنتقل إلى المشتري بل تنتقل إلى ملكية معلقة على شرط واقف ، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط فاسخ . ويتربى على ذلك النتائج الآتية : (١) يمكن تسجيل البيع فى العقار قبل تحقق الشرط الواقف ، بل إن التسجيل يبدو ضرورياً فى حق الغير ، فإن المشتري إذا سجل البيع وتحقق الشرط استطاع أن يمتنع بالبائع على أى شخص يكرن قد كسب حقاً مبنياً على المبيع بعد التسجيل وقبل تحقق الشرط . (ب) ويجب

= في هذه الحالة دفع رسوم التسجيل ، فإذا لم يتحقق الشرط وزال البيع بأثر رجعي ، ردت هذه الرسوم إلى المشتري . وإذا لم يسجل المشتري البيع إلا بعد تحقق الشرط ، فإن رسوم التسجيل الواجبة في هذه الحالة هي الرسوم التي كانت نافذة وقت البيع ، لأن الملكية انتقلت إلى المشتري بأثر رجعي يستند إلى هذا الوقت ، لا الرسوم التي تكون نافذة وقت التسجيل بفرض أن هناك تعديلات أجري في رسوم التسجيل فزاد فيها أو نقص منها . (ج) يثبت البائع في ذمة المشتري أثناء تعليق الشرط حق في الثمن ، وهو حق معلق على شرط واقف ، يجوز للبائع النزول منه لفنيراً خاصاً لهذا الشرط . (د) ولكن تبعة ذلك المبيع قبل تحقق الشرط تكون على البائع ، فمحقق الشرط بعد ذلك أو تخلف ، إذ لا يكون لشرط في هذه الحالة أثر رجعي (م ٢٧٠/٢ مدني) -
رأى إذا كان الشرط فاسخاً ، فالذي ينتقل إلى المشتري هو ملكية معلقة على شرط فاسخ ، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط واقف . ويقترب على ذلك النتائج الآتية :
(أ) يجب على المشتري تسجيل البيع في العقار حتى تنتقل إليه الملكية المطلقة على شرط فاسخ حتى فيما بينه وبين البائع . (ب) رسوم التسجيل واجبة الدفع هي الرسوم النافذة وقت حصول التسجيل وإذا تحقق الشرط الفاسخ فزال البيع بأثر رجعي ، لم ترد رسوم التسجيل إلى المشتري ، وهذا خلاف ما يقتضيه الأثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ . ولكن البائع لا يدفع رسوماً جديدة عندما يسترد الملكية بسبب تحقق الشرط الفاسخ ، ويقتصر على التأثير على هامش التسجيل السابق بتحقيق الشرط . وإذا لم يسجل المشتري البيع ثم أصبح واضحاً أن الشرط الفاسخ قد تخلف ، فأصبحت ملكية المشتري ملكية مائة ، وسجل المشتري البيع عند ذلك ، فانه ينفذ مالكا من وقت البيع لا من وقت تحقق الشرط ، فإن رسوم التسجيل التي كانت نافذة وقت البيع لا تسد التي تكون نافذة وقت التسجيل . (ح) يثبت البائع في ذمة المشتري أثناء تعليق الشرط حق في الثمن ، وهو حق معلق على شرط واقف ، يجوز للبائع النزول عنه خاصاً لهذا الشرط . (د) تبعة ذلك المبيع بعد تسليمه ، إذا حدث البيع أثناء تعليق الشرط ، تكون على المشتري وله بتحقيق الشرط الفاسخ ، إذ لا يكون لتحققه أثر رجعي (م ٢٧٠/٢ مدني) .

انظر في تعليق البيع على شرط واقف استئناف مخطط ٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٨ وفي خيار الشرط للبائع (pactum additionis in diem) وخيار الشرط لكل من المتبايعين (pactum displicentiae) ، فإذا لم يعدل من له الخيار عن البيع في الميعاد المتفق عليه أصبح البيع بائناً : استئناف مخطط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥١ - أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٢ ص ٤٤) .

(٣) افتراض البيع بالأجل لا شأن له بالالتزام بنقل الملكية ، إذ الملكية لا تفترق بأجل . والذي يؤجل في البيع عادة هو تسليم المبيع إلى المشتري ودفع الثمن إلى البائع . وقد بشرط دفع الثمن على أقساط سنوية يشتمل كل قسط منها على الجزء المستحق من الثمن سرياً وأخرى من الأرباح المبالغ الباقية من الثمن ، فيعتبر كل قسط جزءاً من الثمن فلا يسقط عنه فوائد بل بحسب عشرة سنة ولو أنه يشمل في جزء منه اعوائد المستحقة (الأستاذان أحمد مجيب الهدر وحامد زكي فقرة ٢٩) .

(٤) يقع البيع على أشياء متعددة : كبيع خيار لتغيير وجه إمامة مشتري وإمامة تاجر

بدلى (١)، وكذلك في البيع بالعربون (٢)، هي التي تنطبق، فلانعود إليها هنا (٣).
ولإنما تنف عند بعض بيوع موصوفة كثيرة الوقوع في العمل . فنبسط
ما يميزها من خصائص ، ونختار البيوع الآتية : (١) البيع بشرط التجربة
(vente à la dégustation) (٢) البيع بشرط المذاق (vente à l'essai)
(٣) بيع الوفاء (vente à réméré) (٤) للبيع بالتنسيط مع الاحتفاظ
بالملكية حتى استيفاء الثمن (vente à tempérament) أو الإيجار السائر للبيع
(location-vente) (٥) البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (vente avec
faculté d'élire commande)

١٥. البيع بشرط التجربة

(Vente à l'essai)

٦٧ - المصرى القانونية : تنص المادة ٤٢١ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه ،

-
- (١) فيقع البيع على شيء معين ، ولكن يجوز للبائع أن يستبدل به شيئاً آخر فتيماً ذمته .
(٢) أنظر في البيع بالعربون آنفاً فترة ٤٤ - فترة ٤٦ .
(٣) وتوجد بيوع موصوفة تقع كثيراً في التأمل التجارى ، منها : (١) البيع بالتجارة
(vente par filière) ، وهو بيع ينتهى إلى دفع الفروق (استثناء مختلط م مايو سنة ١٩٢٠ م
٣٢ ص ٣٠٦) . (ب) بيع المحمول فى سفينة معينة (vente sur navire désigné) ،
وتعين فيه السفينة التى تحمل المبيع ، فإذا لم يأت فى السفينة المعينة كان لابد من إعدار البائع لإمكان
ضخ المبيع (استثناء مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٦) ، وأنظر أيضاً فى هذا
الصرح من البيع : استثناء مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣١٢ - ١٠ مايو
سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩١ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٠ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦
٣٨٠ ص ٤٠٢ - ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧
ص ١٥٤ - (ج) البيع بشرط سلامة الوصول (vente à l'heureuse arrivée du navire) ،
(أنظر بودرى وسينيا ص ١٩٣ - ص ١٩٤) - (د) البيع بشئ شامل لمصروفات النقل
والتأمين (la clause coût, frêt, assurance compris- Caf., Cif.) وسنعود إليه
فيما يل (أنظر فترة ٢٤٨) .

وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة في مدة معقولة يعينها البائع ، فإن انقضت هذه وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

٢٥ - ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ (١) .
وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٤٢/٣٠٨ (٢) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٠ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٢٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اسناني المادة ٣٧٤ بند ٣ والمادة ٣٩١ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦١ من المذرع التمهيدى على وجه يكاد يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وفي لجنة المراجعة أدخل على النص تعديل لفظي طفيف أصبح بعده مطابقاً ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٥ - ص ٢٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠٨/٢٤٢ : البيع على شرط التجربة يعتبر موقوفاً عن تمام الشرط .

(ولا فرق في الأحكام بين التقنينين السابق والجديد ، إلا أن نص التقنين السابق جاء مقتضباً واقتصر على تقرير أن البيع بشرط التجربة يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف . أما التقنين الجديد فاعتبر أن هذا هو الأصل ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ . ثم بين التقنين الجديد كيف تتم التجربة ، والمدة التي تتم فيها ، وما هو حكم سكوت المشتري عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، وهذه كلها مسائل لا تدخل من أمانة عملية : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٥ - ٢٦)

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٩ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٦ - فقرة ٦٢) .

التقنين المدني الليبي م ٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري) .

(الوسيط - م ٩)

وبمخلص من النص أن البيع قد يعلق على شرط التجربة ، فنبحث في هذا الصدد المسائل الآتية : (١) كيف يعلق البيع على شرط التجربة ، (٢) كيف تكون التجربة والوقت الذي تم فيه ، (٣) التجربة كشرط واقف ، (٤) التجربة كشرط فاسخ .

٦٨ - كيف يعلق البيع على شرط التجربة : يكون ذلك عادة بأن يشترط المشتري أن يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للفرض المقصود منه أو ليستوثق من أن المبيع هو الشيء الذي يطلب ، ولا يكون مجرد رؤية المبيع كافياً للاستيثاق من ذلك .

وأكثر ما يكون شرط التجربة صريحاً . ولكنه قد يكون ضمناً ، يستخلص من طبيعة المبيع أو من ظروف التعامل . فشراء ملابس ينطوي عادة على شرط ضمني أن المشتري قد اشتراها بشرط تجربتها ، حتى إذا كانت لا تناسبه نفى البيع (٢) . وشراء آلات ميكانيكية للزراعة أو الصناعة أو لغير ذلك من الأغراض ، إذا كانت من الدقة بحيث لا يستوثق من صلاحيتها إلا بعد تجربتها ، تفترض فيه التجربة شرطاً ضمناً . وإذا اشترى شخص سيارة مستعملة لم يسبق له فحصها ، فالغالب أن يشترط أن يكون البيع بشرط التجربة ، وكثيراً ما يكون هذا الشرط مفهوماً ضمناً من ظروف التعامل ومن سبق استعمال السيارة . وقد يستفّر

= التقنين المدني العراقي م ٥٢٤ (مطابقة للمادة ٤٢٠ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨٩ - فقرة ٨٧ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٧ - فقرة ٢٢٤) .

تقنين الميرجيات والمقود اللبناني م ٣٧٤ بند ٣ : يكون البيع : ١ - إما . . . ٢ - وإما
هل شرط التجربة .

م ٣٩١ : إن البيع على شرط التجربة يعد في جميع الأحوال منعقداً هل شرط التعليق . (ولا فرق بين التقنين اللبناني والتقنين المصري ، غير أن التقنين اللبناني لما جعل بيع التجربة سندا هل شرط التعليق لم يبين هل الأصل في هذا الشرط أن يكون شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً ، أما التقنين المصري فقد بين كلاً . وإنما أن الأصل في شرط التجربة أن يكون شرطاً واقفاً) .
(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٦٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٨ .

المعرف في أشياء معينة أن يكون شرأها معلقاً على شرط التجربة : فبفهم الشرط ضمناً عن طريق المعرفة .

وزي من ذلك أن البيع بشرط التجربة يقع عادة على الأشياء التي لا يمكن الاستيثاق منها إلا بعد استعمالها ، كالملابس والآلات الميكانيكية والآلات الكاتبة والتركيبات الكهربائية والأشعة والسيارات والآلات الفوتوغرافية والصور والتابلوهات والراديوهات والأثاث المنزلي وكلاب الصيد وخيل السباق ونحو ذلك . وكل هذه الأشياء منقول ، ولكن لا يوجد مانع من أن يقع بيع التجربة على عقار فيشترط المشرى لمنزل سكناه أن يكون البيع بشرط التجربة .

٦٩ - كيف تكون التجربة والوقت الذي نتم فيه : إذا كان البيع بشرط التجربة ، وجب أن يمكن البائع المشتري من تجربة المبيع ، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه (١) . وليس من الضروري أن تكون التجربة بحضور من البائع ، فيجوز أن يجرب المشرى المبيع للاستيثاق من صلاحيته بعيداً عن البائع .

والنبرة يقصد بها أحد أمرين :

١ - إما لتبين أن المبيع صالح للغرض المقصود منه ، كأن يكون آلة ميكانيكية للحث أو للدراسة ، فيجربها المشتري ومضى تبين أنها تصلح للحث أو للدراسة فلا يستطيع أن يتحكم وينقض البيع بدعوى أن المبيع غير صالح . فالصلاحية هنا معيارها وفاء المبيع بالأغراض المقصودة منه ، فبني وجد المبيع صالحاً للوفاء بهذه الأغراض فلا يملك المشتري أن يرفضه ، وإذا وقع خلاف

(١) والمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع لتجربته ، حتى لو حجز عليه دائن البائع ، وحتى لو أفلس البائع بعد البيع وقبل التسليم . ولو كان بيع التجربة معلقاً على شرط واقف ، فإنه يتحقق الشرط ورضاء المشتري بالمبيع بعد تجربته . يعتبر مالكا إياه من وقت البيع أي من وقت سابق على المجهز والإفلاس ، ومن باب أولى لو كان بيع التجربة معلقاً على شرط فاسخ (بلانهورل وريبير وعامل ١٠ فقرة ٢١١ ص ٢٤٩ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٢٧) .

حسمه الخبراء . وهنا يفترض : معنى صلاحية المبيع من معنى خلوه من العيوب
 استغنية إذ المبيع غير الصالح يكون متطوياً عادة على عيب خفي يجعله غير صالح .
 ٢- وإما للإستيثاق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشتري الشخصية ،
 فإذا اشترى ملابس أو مرساً أو منزلاً للسكنى بشرط التجربة ، فالعبرة ليست
 بصلاحية المبيع في ذاته بل بعلامته للمشتري . فقد تكون الملابس أو الفرس
 أو المنزل صالحة في ذاتها ، ولكن المشتري لم ترقه الملابس أو لم يجد في الفرس
 صفات خاصة كان يطلبها أو لم يرتح للسكنى في المنزل ، فله عند ذلك أن يرفض
 المبيع ، والقول في ذلك قوله هو لا قول الخبراء . وقد عرضت المذكرة
 الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا الأمر الثانى إذ تقول : « ولم يقتصر المشروع
 على إدخال هذا التعديل ، بل بين كيف تتم التجربة ، فقرر إلزام البائع
 بتكثيف المشتري من تجربة المبيع ، وللمشتري حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده
 الذى يتحكم في نتيجة التجربة . وقد جرى المشروع في ذلك التقنين الألمانى (م ٤٩٥)
 والتقنين النمساوى (م ١٠٨٠ معدلة) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٢٢٣)
 والتقنين البولونى (م ٣٣٩) ، فإن المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى
 يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية ، فهو وحده الذى يستطيع
 أن يقرر ذلك (١) . وغنى عن البيان أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية إنما
 يفرض الأمر الثانى ويعتبره هو المتفق عليه بين المتبايعين ، ولكن ذلك لا يمنح
 من أن يتفقا على أن المقصود بالتجربة هو الأمر الأول ، أى أن يكون الشيء
 صالحاً في ذاته للأغراض المقصودة منه ، ومتى وقع خلاف بين الطرفين في ذلك
 حسم الخلاف أهل الخبرة (٢) . فالعبرة إذن باتفاق المتبايعين ، فان قصدا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦

(٢) أنظر في أن التجربة يقصد منها ذلك غالباً بودرى وشيخا فقرة ١٦٥ - وأنظر لوران
 ٢٤ فقرة ١٤٨ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٢٤٩ ص ١٣ . وأنظر في الفقه المصرى : الأستاذ
 سليمان مرقس فقرة ٣٨ ص ٥٢ - ص ٥٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣١ ص ٥١ -
 الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١١٢ ص ١٦٧ وهامش رقم ٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور
 فقرة ٤٩ ص ٨٥ - ص ٨٦ . الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٠ (في الفقه العراقى)
 وقارن الأستاذ أبو سلطان فقرة ٤٢ ص ٥٧ - ص ٥٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤
 ص ١٥٥ - الأستاذ خليل الشرفاوى فقرة ٢٦ ص ٥٩ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٢
 (في الفقه السورى) . الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨٢ (في الفقه العراقى) .

من التجربة صلاحية الشيء في ذاته كان للخبراء القول الحاسم ، وإن قصدا منها مناسبة الشيء لحاجة المشتري الشخصية كان قول المشتري هو القول الأخير . وإذا وقع شك في قصدهما ، فالمفروض - نظراً لعبارة النص ولما جاء في المذكرة الإيضاحية - أن المقصود هنا مناسبة المبيع لحاجة المشتري ، فيكون للمشتري القول الحاسم في صلاحية المبيع .

والتجربة - سواء كان القصد منها تبين الصلاحية في ذاتها أو المناسبة لحاجة المشتري الشخصية - يجربها المشتري بنفسه في العادة ، لا سيما إذا كان القصد منها الاستئناس من مناسبة المبيع لحاجته . ولكن قد يستعين فيها برأى صديق أو رأى خبير ، كما في الصور والتابلوهات والآلات الميكانيكية (١) .

وكثيراً ما يحدد المتبايعان وقتاً معيناً يعلن فيه المشتري نتيجة التجربة (٢) . فإذا لم يحددا وقتاً لذلك ، جاز للبائع أن يفهم هو بتحديد مدة معقولة ، وللقضاء حق الرقابة عليه في ذلك (٣) .

فإن قبل المشتري المبيع أو رفضه في خلال مدة التجربة ، اعتبر البيع من وقت إعلان القبول أو الرفض . بيعاً تاماً أو كأنه لم يكن تبعاً للقبول أو الرفض (٤) .

(١) وإذا مات المشتري قبل التجربة ، انتقل حقه إلى ورثته (نسييه فقرة ١٧١ - ترولون ١ فقرة ١١٢ - جيوار ١ فقرة ٤٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٧) .

(٢) فإذا لم يتمكن المشتري من تجربة المبيع في المدة المحددة لسبب أجنبي لا يد له فيه ، فالظاهر أن يكون البائع بالخيار ، إما أن يمهّل المشتري مدة أخرى لتجربة المبيع : وإما أن يفسخ البيع فينتحلل من التزاماته . والمشتري أن يمنح البائع من العسخ إذا هو قبل المبيع بالرغم من عدم تمكنه من تجربته (أنظر في هذا المعنى في الذنون السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٦٠ ص ٩٣) .

(٣) وإذا سكت المشتري وقتاً طويلاً دون أن يعلن نتيجة التجربة ، فالمفروض أن يقاءه ساكناً هذه المدة الطويلة يتضمن قبوله المبيع (استثنائات مخطوط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠٤ - ٢ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٣٩) .

(٤) وقد يتفق المتبايعان على أنه في حالة وفاة المشتري للشيء بعد تجربته يجب عليه شراء شيء آخر من نفس البائع ، فإن أمكن تخيير هذا المبدأ من أنه وعد بالشراء من جانب المشتري - بأن ذكر من الشيء الآخر على وجه التحديد أو قبل مثلاً إن ثمن الشيء الآخر يمدل ثمن الشيء -

أما إذا انتقضت المدة ، وسكت المشتري عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع (١) ، فإن سكوته يعد قبولا . ذلك أن التجربة شرط علق عليه البيع ، وقد جعله المشتري بامتناعه عن التجربة أو بامتناعه عن إعلان نتائجها مستحيلا ، فيعتبر الشرط إذا كان واقفاً أنه تحقق ، وإذا كان فاسخاً أنه تخلف ، طبقاً للقواعد المقررة في الشرط (٢) .

٧٠ - التجربة شرط واقف : بقى أن نبين هل شرط التجربة الذي علق عليه البيع شرط واقف أو هو شرط فاسخ : فنجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٢١ مدني ، كما رأينا ، بأن البيع بشرط التجربة يعتبر معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ . فالأصل إذن أن يكون شرط التجربة شرطاً واقفاً ، وإذا لم يبين المتعاقدان صراحة أو ضمناً أنهما أرادا شرطاً فاسخاً ، أو كان هناك شك فيما قصدا إليه ، كان المفروض أنهما أرادا أن تكون التجربة شرطاً واقفاً .

ويكون المشتري بشرط التجربة في هذه الحالة مالكاً تحت شرط واقف (٣) ، ويبقى البائع مالكاً للمبيع تحت نفس الشرط ولكنه يكون شرطاً فاسخاً بالنسبة إليه . والشرط الذي يعتبر واقفاً بالنسبة إلى المشتري وفاسخاً بالنسبة إلى البائع هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته ، بإعلانه هذا القبول إلى البائع في الميعاد المتفق عليه

المفروض - التزم المشتري بالشراء أما إذا لم يذكر الثمن ، لم يتم الوعد بالشراء ، ولم يلتزم بترى عند رفضه المبيع أن يشتري شيئاً آخر مكانه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٢ ص ٢٥٠) .

(١) وقد بينا الحكم فيما إذا لم يتمكن المشتري من التجربة لسبب أجنبي لا يد له فيه (انظر نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) جيوار ٢ فقرة ٤٥ - بودري وسينيا فقرة ١٦٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٢ - وقارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٢ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٦ .

(٣) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن بقاء الشيء تحت يد المشتري على شرط التجربة يعتبر على سبيل الرديئة ، فإذا نصرت فيه يد خاتماً للأمانة ، وذلك لأنه ثبت لها أن الطرفين قد اتفقا على بقاء الملكية للبائع حتى يجرب المشتري المبيع (نقض جنائي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩) .

أو الميعاد المعقول الذى حدده البائع عن التفصيل الذى قدمناه . فالشرط يتحقق بقبول المبيع (١) . ومنى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية بانه بأثر رجعى ، فاستندت إلى وقت البيع لا إلى وقت القبول فحسب . وزالت ملكية البائع بأثر رجعى أيضاً ، فاستندت زوالها إلى وقت البيع . ومن ثم تزول كل الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتبقى تلك التى ترتبت من جهة المشتري . ويتخلف الشرط برفض المشتري للمبيع ، وإعلانه هذا الرفض للبائع فى الميعاد . ومنى تخلف الشرط ، زال البيع بأثر رجعى واعتبر كأن لم يكن . وزالت مع البيع بأثر رجعى ملكية المشتري التى كانت معلقة على شرط واقف ، وأصبحت ملكية البائع التى كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية بانه منذ البداية . وتبقى الحقوق العينية التى ترتبت على المبيع من جهة البائع فى خلال مدة التجربة ، وتزول تلك التى ترتبت من جهة المشتري . أما إذا سكنت المشتري عن إعلان القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، فقد رأينا أنه بسكونه هذا جعل تحقق الشرط مستحيلاً ، فيعتبر الشرط قد تحقق وأن المشتري قبل المبيع ، ونجرب الأحكام التى قدمناها فى حالة تحقق الشرط . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٤٢١ مدنى فى هذا المعنى ، كما رأينا ، أنه « إذا انقضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع ، اعتبر منكوبته قبولا » .

وإذا اعتبرنا التجربة شرطاً واقعياً ، كما هو الأصل ، وهلك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط ، هلك على البائع . ذلك لأن البائع هو المالك للمبيع تحت شرط فاسخ ، ولأن الشرط إذا تحقق وبتمذر أن يتحقق فى هذه الحالة فإن المشتري لن يقبل المبيع بعد أن هلك - لم

(١) ولا يقال إنه شرط إرادى متوقف على إرادة المشتري ، إذ المشتري ، هو الدائن بنقل الملكية ويمحز أن يكون الشرط متوقفاً على إرادة الدائن ، أما الشرط الإرادى المحض الذى يطل العقد فهو الذى يتوقف على إرادة المدين . أما التزام المشتري بدفع الثمن ، فإنه إذا أنفأ بإرادته المحضة أنفى فى مقابل ذلك حق فى انتقال الملكية إليه . هذا إلى أنه لو كان المقصود من التجربة تبين صلاحية الشيء فى ذاته ، لم يكن الأمر موكولاً إلى محض إرادة المشتري ، بل القول الحاسم عند النزاع للمبراء (انظر الأستاذ محمد كامل مرمى فقرة ٨٤ ص ١٥٧) .

يكن لتحققه أثر رجعي ، فحينئذ المالك وقت هلاك المبيع هو البائع لا المشتري ،
فيهلك على البائع (١) .

٧١ - التجربة شرط فاسخ : على أنه يجوز للمتابعين أن يتفقا على أن
تكون التجربة شرطاً فاسخاً . ويكون الاتفاق على ذلك صريحاً ، أو ضمناً
يستخلص من الظروف وملابسات التعاقد . فعند ذلك ينفذ البيع منذ البداية ،
ويصبح المشتري مالِكاً للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، بينما يصبح البائع
مالِكاً له ملكية معلقة على شرط واقف . والشرط هنا يصبح عدم قبول
المشتري للمبيع وإعلان البائع بهذا الرفض ، فهذا هو الشرط الفاسخ بالنسبة
إلى المشتري ، وهو في الوقت ذاته شرط واقف بالنسبة إلى البائع . فإذا تحقق
الشرط ، بأن أعلن المشتري البائع رفضه للمبيع ، انفسخ البيع بأثر رجعي ،
واعتبر المشتري كأنه لم يملك المبيع والبائع كأنه هو المالك منذ البداية ، وتزول
الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على المبيع وتبقى تلك التي ترتبت من جهة
البائع . أما إذا تخلف الشرط - أو صار في حكم المتخلف بأن سكنت المشتري

(١) ولا يمنع من صحة هذا الحكم أن المداوى قد تسلم المبيع لتجربته وأن هلاك المبيع يكون
على المشتري بعد التسليم ، فإن ذلك إنما يكون في البيع المنجز ، أما والبيع معلق على شرط واقف
فالهلاك يكون على البائع (الوسيط جزء ٣ ص ٧٣ هامش رقم ١ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ .
ص ١٨٠ - وقارن الأستاذ مصطفى الزرقا في عقد البيع في القانون المدنى السورى ص ٩٠ -
ص ٩٢) .

أما في القانون المدنى العراقى ، حيث يجب التمييز بين يد الأمانة ويده الضمان . فإن يد المشتري
في بيع التجربة هي يد ضمان ، فيكون الهلاك عليه ولو كانت التجربة شرطاً واقفاً وهلاك المبيع
قبل أن يتحقق الشرط (انظر في هذا المعنى الأستاذ غيلاس حسن الصراف فقرة ٢٢٤) . ويؤيد
ذلك أن هلاك المقبوض على سوم الشراء في القانون العراقى يكون على القابض ، وليس المشتري
بشرط التجربة بأدى حالاً في أن تكون تبعة الهلاك عليه من القابض على سوم الشراء ، بل إن
المشتري بشرط التجربة ، وقد انفسخ البيع وانتقلت الملكية معلقة على شرط واقف ، أولى
بتحمل تبعة الهلاك من القابض على سوم الشراء ولم ينقل له بيع ولم تنتقل إليه ملكية . وقد ورد
قصر صريح في التقنين المدنى العراقى يجعل تبعة الهلاك على القابض على سوم الشراء ، إذ تنص
الفقرة الأولى من المادة ٤٨٠ : « من هذا التقنين على أن ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن
إذا هلك أو ضاع في يد القابض ، لزمه الضمان . أما إذا لم يسم له ثمن ، كان أمانة في يده ،
فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تفصير منه » .

عن القبول أو الرفض - فإن البيع يصبح بائناً ، ويعتبر المشتري مالِكاً للمبيع ملكية بآنة منذ البداية ، وتزول ملكية البائع بأثر رجعى . وتبقى الحقوق التى تدرت من جهة المشتري على المبيع ، بينما تزول الحقوق التى تدرت من جهة البائع (١) .

وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، هلك على المشتري لا على البائع ، لأنه وقت أن هلك كان ملك المشتري ، وذلك حتى لو تحقق الشرط فليس لتحققه أثر رجعى (م ٢٧٠/٢ مدنى) .

٢٤ - البيع بشرط المذاق

(vente à la dégustation — vente ad gustum)

٧٢ - **الذموى القانونى** : تنص المادة ٤٢٢ من القانون المدنى على ما يأتى :

« إذا بيع الشيء بشرط المذاق ، كان للمشتري أن يقبل المبيع إن شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعينها الاتفاق أو العرف ،

(١) وإذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً ، فإن البيع بشرط التجربة يكون قريباً من صورة البيع مع ضمان البائع صلاحية المبيع لمدة معلومة . وقد نصت المادة ٤٤٥ مدنى فى صدد هذه الصورة : « حيرة على ما يأتى : » إذا ضمن البائع صلاحية المبيع لفصل مدة معلومة ثم ظهر حصر من البيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الحلل فى مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه فى الضمان - كل هذا ما لم يتفق على غيره . فى هذه الصورة الأخيرة تقتصر تجربة المبيع على التثبت من صلاحية العمل لمدة معينة ، فإذا ظهر البيع غير صالح لفصل - والحكم فى ذلك للخبراء - كان على المشتري أن يخطر البائع ، وفى البيع من حلل فى مدة شهر من ظهور الحلل وأن يرفع دعوى ضمان فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار . يختلف هذا البيع إذن عن بيع التجربة ، إذ هو لا ينطوى على شرط فاسخ إذا تحقق الفسخ البيع من تلقاء نفسه ، بل لابد من فسخ البيع بالتقاضى أو بالتراضى . وسنعود إلى هذا البيع عند الكلام فى ضمان الميوب الحفية (انظر مايل فقرة ٢٨٠) .

ولا يتعقد البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
دون نص (٢) .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى
السورى المادة ٣٩٠ - وفي التقنين المدنى الليبى المادة ٤١١ - وفي التقنين المدنى
العراقى المادة ٥٢٥ - وبقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناى المادة ٣٧٤
بند ٤ والمادة ٣٩٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٢ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب
ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً ظاهرياً فأصبح مطابقاً
لتقنين الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٥ في المشروع التامى . ووافق عليها مجلس النواب ،
فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧ - ص ٢٩) .
(٢) اختلف الفقه المصرى ، في عهد التقنين السابق ، في بيع المذاق لانعدام النص . فذهب
فريق إلى أن المشتري حق المذاق في كل الأشياء التى اعتاد الناس مذاقتها قبل شرائها ، وفقاً للعرف
وتطبيقاً للمادة ٣١١/٢٤٥ مدنى سابق (جرائمولاى فقرة ١٩٥) . وذهب فريق ثان إلى أن
بيع المذاق اندمج حكمه في أحكام العلم بالمبيع ، لأن العلم بالمبيع علماً كافياً قد لا يتحقق إلا بالمذاق
(الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٠٦٧) . وذهب فريق ثالث إلى أن بيع المذاق اندمج في بيع
التجربة المنصوص عليه في التقنين السابق (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٢٧) .
والرأبان الأخيران لا يمكن الأخذ بهما ، لأن عدم العلم بالمبيع لا يمنع من انعقاد البيع أما شرط
المذاق فيحول دون انعقاده ، ولأن بيع التجربة ينتقد مطلقاً على شرط وبيع المذاق لا ينتقد قبل
المذاق . والرأى الأول هو الرأى الذى اختاره التقنين المدنى الجديد ، وقتنه في المادة ٤٢٢ سالفه
الذكر ، فتعتبر هذه المادة مفسرة لأحكام التقنين المدنى السابق ويسرى حكمها حتى على العقود التى
أبرمت قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد (انظر في هذا المدنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦١ -
ص ٦٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١
ص ٨٨) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٩٠ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى - أنظر
في القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٣ - فقرة ٦٥) .
التقنين المدنى الليبى م ٤١١ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى العراقى م ٥٢٥ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .
(أنظر في القانون العراقى الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٥ - فقرة ٢٢٧ - والأستاذ
حسن الزبون فقرة ٨٩٠ - فقرة ١٠٤) .

٧٣ - كيف يعاقب البائع على شرط المزاج : يكون ذلك عادة بأن

يشترط المشتري على البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المشتري المبيع وقبله . وهذا الشرط قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف والملاسات . ومن أهم الظروف التي يستخلص منها هذا الشرط طبيعة المبيع ، فن للمبيعات ما لا يدرك كنهه إدراكاً تاماً إلا بمذاقه ، وذلك كالزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفاكهة والبيض ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات التي تختلف بها أذواق الناس . فالمفروض أنه إذا بيع شيء من ذلك ولم تدل الظروف على أن المتبايعين أرادوا استبعاد شرط المذاق ، فقد قصد المتبايعان أن يكون البيع بشرط المذاق ، فلا يتم إلا بعد المذاق وقبول المشتري للمبيع .

على أنه قد يتفق المتبايعان على استبعاد شرط المذاق حتى في المأكولات التي تقدمت الإشارة إليها ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الظروف والملاسات . فإذا كان المشتري تاجراً يتجر في مثل هذه الأشياء ، واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة ، على أن تكون من صنف جيد أو من صنف متوسط أو من الصنف التجاري المألوف ، وعلى أن ترسل إلى مكان المشتري وهو بعيد عن مكان البائع ، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد زل المشتري عن شرط المذاق ، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصي دخل في الصفقة ، وقد اشترط الصنف الذي يريد وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع ، وإرسال البضاعة إلى مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قد تمت وإلا لما خاطر البائع بإرسالها إلى هذا المكان البعيد قبل أن تتم . وكذلك إذا تم البيع على مرجح عينة ، فالمفروض أن المشتري قد ذاق العينة وأقرها ، وأن المبيع الذي يجيء وفق العينة يكون البيع باتاً فيه وأن اختلافه عن العينة يكون محل تقدير الخبراء (١) .

= تقنين الموجبات والمقود البناني م ٣٧٤ بند ٤ : يكون البيع : (١ : ٤٠٠٠) وأما على شرط المذاق .

م ٣٩٢ : إن البيع على شرط المذاق لا يعد تاماً مادام المشتري لم يقبل المبيع - (وأحكام التقنين البناني متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) أوبري ورر ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٢ - بودري وسبينا فقرة ١٦٠ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٥٢٦ .

٧٤ - كيف يتم المزايا - الزمان والمكان اللذان يتم فيهما :

يتم المذاق في الزمان والمكان اللذين يتفق عليهما المتبايعان . فان لم يكن هناك اتفاق ، لا صريح ولا ضمني ، على الزمان والمكان ، اتبع عرف الجهة . فان لم يكن عرف ، فالمذاق يتقدم تسلم المشتري المبيع من البائع ، فيتم في المكان الذي يكون فيه التسليم ، ويسبق التسليم فوراً ، بحيث إذا تسلم المشتري المبيع اعتبر تسلمه إياه رضاء به وقبولا له بعد مذاقه .

والذي بذوق المبيع هو المشتري شخصياً (١) ، وله الحرية الكاملة في قبول المبيع أو في رفضه حسب ذوقه (٢) . فالبيع بالمذاق يختلف عن البيع بشرط التجربة في أن التجربة قد تكون لتبين صلاحية الشيء في ذاته وقد تكون للاستيثاق من مناسبة الشيء لحاجة المشتري ، أما المذاق فيتمحض في الاستيثاق من مناسبة الشيء لذوق المشتري . وحتى لو كان المشتري تاجراً واشترط مذاق المبيع ، فالعبرة بذوقه الشخصي ، وهو الذي يقرر - لا الخبراء - أي صنف يلائم عملاءه (٣) . وغنى عن البيان أن البائع يلتزم بأن يمكن المشتري من مذاق المبيع (٤) .

ولا بد من أن المشتري يعلن قبول المبيع بعد مذاقه وسكوته لا يكفي ، وهذا فرق آخر بين بيع المذاق وبيع التجربة (٥) . ولكن قبول المبيع قد يكون

-
- (١) وقد يستأنس بذوق أجنبي وهذا نادر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٤) .
 (٢) وإذا رفض المشتري المبيع ، لم يستطع البائع إجباره على اختيار صنف ، كما لا يستطيع هو إجبار البائع على أن يسلمه صنفاً آخر يلائم ذوقه الشخصي . أما إذا كان المشتري قد نزل عن شرط المذاق ، ورضى أن يكون الشيء من الصنف المألوف في التجارة أو من صنف معين ، فان البيع يكون قد تم ولا يكون مجرد وعد بالبيع ، فاذا لم يكن الشيء من الصنف المشترط استطاع المشتري إجبار البائع على تسليمه شيئاً من الصنف المشترط أو اشتراه على حسابه (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٣ - بودري وسينيا فقرة ١٦٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٥٢٥ ص ٥٣١ هامش رقم ٥) .
 (٣) بودري وسينيا فقرة ١٥٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص ١٦٠ - ١٦١ وقارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٦ .

- (٤) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣ .
 (٥) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١١٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٨٩ .

صريحاً وقد يكون ضمناً . ويستخلص القبول ضمناً ، كما قدّمنا ، من نسلم للبيع ، أو من وضع المشتري ختمه أو علامة خاصة على المبيع ، فهذا وذلك دليل على أنه ارتضى المبيع بعد أن ذاقه (١) .

٧٥ - التكيف القانوني للبيع بالتزويج : والبيع بالمذاق ليس بيعاً

معلقاً على شرط فاسخ ، بل ولا على شرط واقف ، وفي هذا يختلف أيضاً عن بيع التجربة . ذلك أن البيع بالمذاق ليس بيعاً آنسلاً ، بل هو مجرد وعد بالبيع . وهذا الوعد صادر من المالك ، وقد قبل الطرف الآخر التزم به وقبل البيع ذاته (٢) . فإذا ذاق المبيع وارتضاه ، فقد قبل البيع . وينتقد البيع من وقت هذا القبول ، فليس للقبول أثر رجعي كما له هذا الأثر في بيع التجربة (٣) . ومن ثم وأبنا المادة ٤٢٢ مدني تقول : « كان للمشتري أن يقبل البيع » . أما في البيع بالتجربة ، فتقول المادة ٤٢١ مدني : « يجوز للمشتري أن يقبل المبيع » . وهذا الفرق بين العبارتين نتيجة متفرعة عن الفرق بين العمليتين في طبيعتهما . فبيع التجربة بيع كامل وإن لم يكن باتاً ، ولذلك يقبل المشتري المبيع ، أما البيع فقد سبق له قبوله . وبيع المذاق ليس بيعاً كاملاً ، بل وعداً بالبيع ، ولذلك يقبل المشتري المبيع ،

(١) بودري ومينيا فقرة ١٦٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص ١٦١ .

(٢) ولكنه قد التزم أن يلقى الشيء ، وهو بعد ذلك - في رد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٣ ص ٣٧٨ هامش رقم ٢) .

(٣) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع النهائي : « يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة ، لا في أن المشتري حر في القبول أو في ارتس في مدة يحددها الاتفاق أو العرف ، فالأثنان حكمهما واحد في ذلك ، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقاً على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري لقبول دون أثر رجعي - فبيع المذاق ، قبل قبول المشتري ، إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد : أنظر في هذا المعنى التقنين الفرنسي ١٥٨٧ والتقنين الإيطالي م ١٤٥٢ والمشروع الفرنسي الإيطالي م ٣٢٦ والتقنين الثاني م ٣٩٢ - على أن هناك من التقنينات الأجنبية ما يعتبر بيع المذاق بيعاً معلقاً على شرط واقف : أنظر التقنين الإسباني م ١٤٥٣ والتقنين البرتغالي م ١٥٥١ والتقنين الهولندي م ١٤٩٩ والتقنين الأرجنتيني م ١٣٧٠ ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨) .

أما الفقه في فرنسا فيميل إلى القول بأن بيع المذاق مجرد إيجاب ملزم للبائع ولكن لوحظ على هذا القول أن المشتري ملزم هو أيضاً بمذاق الشيء (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٣ ص ٣٧٨ - جوسران ٢ فقرة ١٠٦٤) .

وزى من ذلك أن بيع المذاق إذا تم بيعاً بقبول المشتري للبيع - أى بقبوله
بعد وتحويله بيعاً بهذا القبول كما هو شأن الوعد بالبيع - فإن ملكية المبيع
تنتقل إليها من وقت هذا القبول . ويترتب على ذلك الأمور الآتية :

(١) إذا كان دائن البائع قد وقع حجزاً على المبيع قبل قبول المشتري للبيع ،
كان الحجز صحيحاً إذ وقع على شيء مملوك للبائع ، وجاز الاحتجاج بالحجز
على المشتري لو قبل البيع ، وهذا بخلاف بيع التجربة . (٢) إذا أقلس البائع
قبل قبول المشتري للبيع ، ثم قبل المشتري البيع ، فإنه لا يستأثر بالمبيع دون
سائر الدائنين ، أما في بيع التجربة فيعتبر مالكا من وقت البيع أى قبل الإفلاس
فيستأثر بالمبيع . (٣) إذا هلك الشيء قبل مذاقه ، هلك على البائع (١) .

٧٦ - الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة : والآن نستطيع أن

نلخص الفروق ملين بيع المذاق وبيع التجربة (٢) فيما يأتى :

١ - المذاق ، بخلاف التجربة ، يراد به محض التثبت من ملاءمة الشيء
لذوق المشتري ، ولا يعمد أن يقصد به الاستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته ،
فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء .

٢ - المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع ، أما التجربة فتكون
عادة بعد التسليم .

٣ - لا يكتفى سكوت المشتري في بيع المذاق بل لابد من إعلان قبوله
للبيع ، ويكفى السكوت في بيع التجربة ويكون معناه قبول المبيع .

٤ - بيع المذاق مجرد وعد بالبيع ، أما بيع التجربة فيع كامل معلق إما على
شرط واقف وإما على شرط فاسخ .

٥ - إذا وقع دائن البائع حجزاً على المبيع قبل قبول المشتري ، ففى بيع
المذاق ينفذ الحجز في حق المشتري ، وفي بيع التجربة لا ينفذ .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٥ .

(٢) الأستاذ عبد النتاح عبد الباقي فقرة ٣٣ - أنظر في انتقاد إيجاد بيع المذاق إل جانب
بي التجربة . وجوب التسوية من ناحية التشريع بين البيعين فيكون كل منهما بيعاً معلقاً على شرط
الأستاذ مصطفى الزمرى في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٦٥

٦ - إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري ، فحق بيع المذاق لا يستأثر للمشتري بالمبيع ، وفي بيع التجربة يستأثر .

٧ - إذا هلك الشيء قبل قبول المشتري ، فحق بيع المذاق يكون هلاكه دائماً على البائع ، وفي بيع التجربة يكون الهلاك على البائع إذا كانت التجربة شرطاً واقعاً وعلى المشتري إذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً (١) .

٣٩ - بيع الوفاء

(vente à réméré)

٧٧ - النصرة التوثيقية : تنص المادة ٤٦٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) والفقه الإسلامي يواجه كلاماً من بيع التجربة وبيع المذاق بالمبيع مع خيار الشرط . وفي الفقه الإسلامي أيضاً البيع على سوم للنظر (المجلد م ٢٩٩) والبيع على سوم للشراء (المجلد م ٢٩٨) ، وهذان ليسا بيعين كاملين ، والأول منهما أقرب إلى أن يكون مجرد إيجاب من البائع ، أما الثاني فأقرب إلى أن يكون وعداً بالمبيع فهو من هذا الوجه يشبه بيع المذاق . وهناك أيضاً في مذهب مالك خيار الثلاثة الأيام وخيار العام .

وقد سار التقنين المدني العراقي على هدى الفقه الإسلامي ، فأورد إلى جانب النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق نصوصاً متعلقة بخيار الشرط على الوجه الآتي : م ٥٠٩ عراق : يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة . ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً أو لأجنبي . م ٥١٠ عراق : إذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً ، فأيهما فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع ، وإيهما أجاز سقط خيار الهيئتين وبقي الخيار للآخر إلى انتهاء المدة . م ٥١١ عراق : إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار ، لزم البيع . م ٥١٢ عراق : خيار الشرط لا يورث ، فإذا مات من له الخيار سقط خياره . م ٥١٣ عراق : في جميع حالات الخيار ، إذا تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ ، هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى .

أنظر في شرح خيار الشرط في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٤٦ - فقرة ٥٦ ، وهو ينتقد الجمع بين خيار الشرط وبين بيع التجربة وبيع المذاق . وأنظر في تفهيم هذا الانتقاد تفهيماً موقفاً الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٥ وفقرة ٢٢٧ . وظاهر أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، فلا ضير من هذا الجمع ، ويكون البعنان الأخيران صورتين خاصتين من صيغ خيار الشرط .

إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وقع البيع باطلا ، (١) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٣٣٨ - ٤٢١/٣٤٧ - (٢) .

(١) تاريخ النص : كان المشروع التمهيدى يشتمل على المواد من ١١٧ إلى ١٦١ ، وهي من فقر بيع الوفاء وتنظمه تنظيمياً مفصلاً على الوجه الذى سار عليه التقنين المدنى السابق (أنظر نصوص هذه المواد وما يقابلها من نصوص التقنين المدنى السابق والمذكرة الإيضاحية المتعلقة بها في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ - ص ١٩٠ في مرامش هذه الصفحات) . قد سار المشروع التمهيدى في مراحله أمام لجنة المراجعة ، فجلس النواب ، حتى إذا وصل لجنة مجلس الشيوخ رأيت هذه اللجنة إلغاء هذه النصوص والنص صراحة على أن بيع الوفاء يكون باطلاً في المادة ٤٦٥ التي نحن بصدد ما ، ووافق مجلس الشيوخ على هذه المادة كما وصفتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ - ص ١٨٠) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٤٢١/٣٣٨ (معدلة بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٢) : حق استرداد المبيع أو الشرط الوقائى هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين للمبيعة في مقابلة المبالغ المنصوص عليها في المادة ٣٤٤ في المياد المتفق عليه . م ٤٢٢/٣٣٩ - ٤٢٣ (معدلة بالقانون ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣) : إذا كان الشرط الوقائى رداً به إخفاء رهن عقارى ، فإن العقد يعتبر باطلاً لا أثر له ، سواء بصفته بيعاً أو رهناً . ويعتبر العقد مقصوداً به إخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين للمبيعة في حيازة البائع بأى صفة من الصفات - ويجوز بكافة الطرق إثبات هكس ما فى العقد بدون التفات إلى نصوصه .

م ٤٢٤/٣٤٠ : بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكاً للمشتري على شرط الاسترداد ، بمعنى أنه إذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشتري - وإما إذا سار نوية لشرط المذكورة ، فيعتبر كأنه لم يخرج من ملكية البائع . م ٤٢٥ : مختلط (مقابل لما فى الأهل) : إذا لم يشترط حق الاسترداد فى نفس عقد البيع ، فن صار له ذلك الحق فيما بعد لا يعتبر مالاً بالثانى إلا من اليوم الذى حصل فيه شرط الاسترداد .

م ٤٢٦/٣٤١ : لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع مياد يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع ، وكل مياد أزيد من ذلك يصير تنزيهه إلى خمس سنين (فى المختلط سنتان بدلاً من خمس) .

م ٤٢٧/٣٤٢ : المياد المذكور محتم بحيث يتعرب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق فى أى حال من الأحوال ولو فى حالة الغرة القاهرة .

وبقابل في التفنينات المدنية العربية الأخرى : في التفنين المدني السوري
المادة ٤٣٣ - وفي التفنين المدني الليبي المادة ٤٥٤ - وفي التفنين المدني العراقي
المادة ١٣٣٣ - وفي تفنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٧٣ - ٤٨٦ (١) .

= م ٤٢٨ مخطط (لا مقابل لما في الأصل) : تطويل الميعاد المتفق عليه بقره مقام بيع من
المشتري للبائع الأصل مطلق على شرط ، إذ يعتبر المشتري المذكور مالكاً للبيع ملكاً باتاً من يوم
البيع الأول إلى يوم تطويل الميعاد .

م ٤٢٩ ٢٤٢ : يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد من انتقل إليه المبيع ، ولو لم
يشترط الاسترداد في عقد الانتقال .

م ٤٣٠/٢٤٤ : لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ البيع إلا إذا عرض على المشتري في الميعاد
المعين أن يزدي له على الأمور الأتية الآتي بيانها : أولاً - أصل النص . ثانياً - المصروفات
المرتبة للبيع والتي تقترب على استرداد المبيع . ثالثاً - المصاريف اللازمة التي صرفها المشتري
غير ما صرفه لصيانة المبيع ، ثم يزدي أيضاً ما زاد في قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التي
صرفها المشتري بشرط ألا تكون فاحشة .

م ٤٣١/٢٤٥ : عند وجوع المبيع بيع وفاء إلى البائع ، يأخذه خالياً عن كل حق ومن
وضعه عليه المشتري ، إنما يلتزم البائع بتنفيذ الحجارات التي أجراها ذلك المشتري بدون غش بشرط
أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين .

م ٤٣٢/٢٤٦ : الاسترداد لا يقع إلا على نفس المبيع ، سواء كان المبيع ملكاً كاملاً
أو مشاعاً أو مقسوماً إلى حصص ، إلا إذا كانت ثمة استرداد مقامة على ورثة المشتري بالنسبة
للحصص المشاعة بينهم أو المرسدة التي يملكها كل منهم .

م ٤٣٣ ٢٤٧ : إذا كان المبيع بيع وفاء حصّة شائعة في عقار ، واشترى مشترها الحصّة
الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته ، فله المشتري المذكور عند مطالبة بانه الأول
بإسترداد الحصّة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتمامها .

(١) التفنينات المدنية العربية الأخرى :

التفنين المدني السوري م ٤٣٣ (مطابقة لمادة ٤٦٥ من التفنين المدني المصري - أنظر في
القانون المدني السوري الأستاذ مصطنع الزرقا فقرة ٢٤٦ - فقرة ٢٥٣) .

التفنين المدني الليبي م ٤٥٤ (مطابقة لمادة ٤٦٥ من التفنين المدني المصري)

التفنين المدني العراقي م ١٣٣٣ : بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً .

(والتفنين العراقي كان يشتمل في مشروعه التمهيدى على نصوص - المواد من ٥٩٥ إلى
٦٠٥ - تقر بيع الوفاء وتفصل أحكامه باعتبار أنه بيع مطلق على شرط فاسخ عن نطق الفقه
الغربي . ولكن عند مراجعة هذا المشروع حذفت هذه النصوص ، وتوسط التفنين العراقي بين
موقف الفقه الغربي من بيع الوفاء ويقره كما رأينا وبين موقف التفنين المصري وهو يبطله كما سبق
القول ، فجعل بيع الوفاء لا بيعاً صحيحاً ولا بيعاً باطلاً ، بل جملة رهناً حيازياً ، أي أنه وضع =
(الوسيط - م ١٠)

== قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن بيع الوفاء رهن حيازي . وقد جرى التفنين العراقي في ذلك على تقاليد المذاهب الإسلامية والمجلة ، نسج الوفاء هناك إنما هو رهن حيازي . ويجب التمييز في القانون العراقي بين بيع الوفاء والبيع المقتن بغير شرط للبائع . فيبيع الوفاء ببيع قصد به تأمين المشتري على ماله وتأمين البائع على استرداد الدين المبيعة بعد وفاء المشتري حقه ، وبأخذ حكم الرهن الحيازي ، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بل يبقى المبيع عنده تأمينا حتى يستوفى حقه من البائع ، أما البيع المقتن بغير شرط للبائع ، فقد قصد به أن يكون للبائع فسخة من الوقت يتدبر أمره وينظر هل من مصلحته أن يجعل البيع بائنا أو أن يفسخه . فهو بيع صحيح لا رهن ، ينتقل ملك المبيع إلى المشتري تحت شرط فاسخ لأنه مقتن بغير التروى أو خيار الشرط . وتكون المدة في خيار الشرط عادة مدة قصيرة ، إذ لا يحتاج البائع في التروى إلى وقت طويل . أما مدة الاسترداد في بيع الوفاء فتكون عادة مدة طويلة قد تصل إلى سنين عدة ، إذ هو قرض مفسون برهن حيازي كما سبق القول - قارن الأستاذ حسن الذنون في البيع في القانون المدني العراقي فقرة ٤١٨ - فقرة ٤١٩) .

تفنين المرجبات والمقود المباني :

م ٤٧٣ : إن البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفاي هو الذي يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن . ويجوز أن يكون موضوع البيع الوفاي أشياء منقولة وغير منقولة .

م ٤٧٤ : لا يجوز أن يشترط لاسترداد المبيع مياد يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ البيع وإذا اشترط مياد يزيد عليها أنزل إلى ثلاث سنوات .

م ٤٧٥ : إن المياد المذكور متعمم ، لا يجوز للقاضي أن يحرم بإطالته وإلا لم يتمكن البائع من استعمال حقه في الاسترداد لسبب لم يكن فيه مختاراً . أما إذا كان عدم استعماله هذا الحق ناشئاً عن خطأ من المشتري ، فانقضاء المهلة لا يحول دون استعماله .

م ٤٧٦ : إن المبيع وفاء يصبح بحكم البيع ملكاً للمشتري تحت شرط الوفاء ، بمعنى أن المشتري يبقى مالئاً له إذا لم يتم البائع بالشروط المتفق عليها لاسترداده . أما إذا قام بهذه الشروط ، فيعد المبيع كأنه لم يخرج قط عن ملكية البائع . وفي كل حال ينتفع المشتري بالمبيع كالمالك إلى أن تنتهي المهلة أو إلى أن يستعمل البائع حق الاسترداد مع مراعاة أحكام المادتين ٤٨٢ و ٤٨٥ ، فيحق له أن يحمي ثمار المبيع وأن يقيم كل دعوى مختصة به على شرط ألا يرتكب احتيالا .

م ٤٧٧ : يجري حق الاسترداد بأن يبلغ البائع إلى المشتري رغبته في استرداد المبيع ، ويجب عليه في الوقت نفسه أن يعرض رد الثمن .

م ٤٧٨ : إذا توفي البائع قبل أن يستعمل حقه في الاسترداد ، انتقل هذا الحق إلى ورثته ، فيستعملونه في المدة الباقية لموثرهم من المهلة .

م ٤٧٩ : لا يجوز للورثة أن يستعملوا حق الاسترداد إلا مجتمعين ، ولا أن يطلبوا سوى رد المبلغ محله . ويسرى هذا الحكم أيضاً فيما إذا باع عدة أشخاص بمقتضى عقد واحد شيئاً مشتركاً بينهم ولم يحرم الكل منهم حقه في استرداد حصته .

وقد كان التقنين المدني السابق يتر بيع الوفاء وينظمه تنظيمًا مسهباً ، أما التقنين المدني الجديد فقد أبطله كما رأينا . فيحسن إذن أن نبحث بيع الوفاء : (١) في عهد التقنين المدني السابق ، إذ لا يزال موجوداً حتى اليوم بيوع وفاء أبرمت في عهد التقنين السابق فتسرى عليها نصوص هذا التقنين . (ب) في عهد التقنين المدني الجديد .

= م ٤٨٠ : يترز أن تقام دعوى استرداد المبيع على ورثة المشتري مجتمعين . أما إذا جرى توزيع التركة ودخل المبيع في حصة أحد الورثة ، فتقام دعوى الاسترداد عليه وحده بالمبيع كله .

م ٤٨١ : إذا أعلن إصرار البائع ، كان حق الاسترداد لدارنين .

م ٤٨٢ : يحق للبائع وفاء أن يقدم دعوى الاسترداد على المشتري الثاني .

م ٤٨٣ : إن البائع الذي يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يعود إلى وضع يده على المبيع إلا إذا ورد : أولاً - أن ينزل ندي قبضه - ثانياً - النفقات المفيدة بمقدار ما زادته في قيمة المبيع . أما فيما يختص بالنفقات الكالية ، فليس للمشتري سبب نزع ما أدخله على المبيع من التصدير إذا استطاع نزعها بلا ضرر . ولا يمكنه أن يطلب استرجاع المصاريف الضرورية ولا مصاريف الصيانة ولا نفقة جنى الثمار - ويجب على المشتري من جهة أخرى أن يرد : أولاً - المبيع وما ازداد فيه منذ عقد البيع - ثانياً - الثمار التي جناها منذ اليوم الذي دفع أو أودع فيه الثمن . وللمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا لم يرد ما يجبر له ، ذلك كله مع الاستعانة بالشروط المتفق عليها بين الطرفين .

م ٤٨٤ : إن المشتري مسئول من جهة أخرى عما يصيب المبيع من الضرر أو الهلاك بفعله أو بخطئه أو بخطاء الأشخاص الذين يكون مسئول عنهم . وكذلك هو مسئول عن التغييرات التي أدت إلى إحداث تبديل جوهرى في المبيع بخلاف لمصلحة البائع . غير أنه لا يسأل عما يصيب المبيع من جراء قوة قاهرة أو تغيير قليل الشأن ، ولا يحق للبائع في هذه الحال أن يطلب تخفيض الثمن .

م ٤٨٥ : إن البائع الذي يسترد ملكه بمقتضى حق استرداد يكتسب في الوقت نفسه الحق في محو قيود جميع الحقوق العينية والأعباء والرهون التي أنشأها عليه المشتري . غير أنه ملزم بتنفيذ عقود الإيجار التي عقدها المشتري بلا احتيال ، على شرط ألا تتجاوز مدة الإيجارة المهلة المنصوص عليها للاسترداد وأن يكون عقد الإيجار ذا تاريخ صحيح .

م ٤٨٦ : إذا كان المبيع ملكاً زراعياً واستعمل البائع حق الاسترداد في أثناء السنة الزراعية حق للمشتري إذا كان قد أتى البذار هو أو الذين أجبرهم أن يبقوا محبلاً للأقسام المزروعة حتى انتهاء السنة الزراعية ، وإما يلزمه أن يدفع ما يوجبه عليه العرف المحل من المدة الباقية من يوم الاسترداد إلى آخر السنة الزراعية . (وتقترب أحكام التقنين اللباني في بيع الوفاء من أحكام التقنين المصري السابق) .

١ - بيع الوفاء في عهد التقنين المدني السابق

٧٨ - بيع الوفاء والرهن : بيع الوفاء في عهد التقنين المدني السابق

كان طريقاً من طرق التأمين ، يتجرد فيه المالك عن ملكه لدائته ، فيستلك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ ، هو أن يرد البائع الثمن والمصره فأت الدائن ، فينسخ البيع ويعود مع إلى ملك البائع بأثر رجعي . فالبايع وفاء هو للمدين ، والمشتري وفاء هو الدائن ، ويتجرد الأول عن ملكه الثاني على أمل استرداده في المستقبل . أما في رهن الحيازة فلا يتجرد الرهن عن الملك بل عن الحيازة فقط ، وفي الرهن الرسمي لا يتجرد عن الملك ولا عن الحيازة . فظاهر أن الرهنيين بفضلان بيع الوفاء من هذه الناحية الهامة . ولكن بيع الوفاء - من ناحية أخرى أهل أهمية - يمتاز على كل من الرهنيين . فهو يمتاز على رهن الحيازة بأن المبيع وفاء إذا هلك في يد المشتري هلك عليه دون البائع ، أما إذا هلك العين المرهونة في يد المرتهن فانها تهلك على الراهن دون المرتهن . ثم إن المشتري في بيع الوفاء لا شأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع ، أما المرتهن فله عدا حقه المبني على الشيء المرهون حتى شخصي بضمته جميع أموال الراهن . ويمتاز بيع الوفاء على الرهن الرسمي بهاتين الميزتين وبأنه لا حاجة فيه إلى ورقة رسمية والرهن الرسمي لا بد لانعقاده من هذه الورقة ، وبأنه يجوز في العقار وفي المنقول ، والرهن الرسمي لا يجوز إلا في العقار .

عن أن بيع الوفاء كثيراً ما يتخذه المتعاقدان متاراً لإخفاء رهن حيازي (١) لكشفنا عنه كان غير مشروع . وينتفق ذلك في الفروض الآتية :

(١) يقصد المتعاقدان إبرام قرض ربما فاحش مضمون برهن حيازي ، فلا يكشفان عن هذا القصد لعدم مشروعيته ، بل يلجآن إلى بيع الوفاء ، فيبيع المدين من الدائن عيناً يبيعاً وفائياً ، ثم يستأجرها ويدفع أجرة هي عبارة

(١) وبيع الوفاء في الفقه الإسلامي هو رهن لا بيع ، ولكنه يبيع للمشتري وهاء ثمرات المبيع وكان لا يملكها في الرهن إلا على سبيل الرخصة التي يجوز الرجوع فيها (انظر ابن هابدين جزء ٤ ص ٢٨١ - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٢٤٧ - فقرة ٢٥٠ وفترة ٢٥٣) .

عن الربا الفاحش (١). أو يشترط عليه المشتري (الدائن) إذا أراد استرداد العين أن يدفع ثمناً يكون أكثر من الثمن الذي قبضه ، والفرق ربا فاحش .
(٢) يقصد المتعاقدان التخلص من بطلان شرط امتلاك المرهن لنشيء المرهون إذا لم يف الرامن بالدين ، ففاجأ إلى بيع الوفاء . فيتخذ الدائن المرهن صمة المشتري وفاء ، ويستطيع بذلك أن يملك المبيع إذا لم يرد الرامن - وهو البائع وفاء - ما اقترضه وسماء ثمناً في بيع الوفاء . (٣) يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمسة الأفدنة ، فيسميان رهن الحياة بيع وفاء . فلا يحتاج الدائن (المشتري وفاء) إلى الحجز والبيع ، بل يملك المرهون (المبيع وفاء) بمجرد عدم قيام المدين (البائـ) بسداد الدين .

وقبل قانون رقم ٥٠/٤٩ سنة ١٩٢٣ ، كان على القاضي ، إذا عرض عليه عقد موصوف بأنه بيع وفاء ، أن يفسر هذا العقد بحسب نية المتعاقدين الحقيقية ، فيعتبره بيع وفاء أو رهنًا ، ويجرى على كل عقد حكمه . ثم صدر هذا القانون قاضياً بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء ، إذا كان واقعاً على عفار ، ونين أنه رهن ، فإنه يكون باطلاً لا باعتباره بيع وفاء فحسب بل أيضاً باعتباره رهنًا . وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : « إن في إبطال عقود الرهن التي تكون في شكل بيع وفائي إبطالا تاماً الوصول إلى الغاية المطلوبة ، إذ من المؤكد أن الدائنين سيمتنعون من وصف عقود الرهن بصفة عقود بيع وفائي نظراً لما يترتب على هذا العمل من النتائج الخطيرة وإبطال العقد إبطالا تاماً . وعلى ذلك تكون هذه القاعدة بمثابة نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفاي الذي يتطوى على الرهن ، وإلا كان جزاء المخالف إلغاء كل أثر لعقده » . وقد جعل تشريع سنة ١٩٢٣ من القرائن على أن بيع الوفاء يستر رهنًا ، فيبطل كبيع

(١) وطبقاً لقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ - وسيأتي ذكره - يكون كل من بيع الوفاء والرهن باطلاً ، ويصبح المشتري دائناً عادياً به من موائد عن المبالغ التي دفعه ثمناً ، والاتفاق على الأجرة هو في حقيقته اتفاق على الفائدة ، فيجب إنزال الأجرة إلى الحد المسموح به قانوناً للفوائد الاتفاقية (نقض حدى ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٥ ص ٥٤٩) - وقد قضت محكمة استئناف أسيرط بأنه إذا باع شخص لآخر عقاراً يبيعاً وفائياً ، ثم حكمت المحكمة بإبطاله سواء باعتباره عقد بيع أو باعتباره عقد رهن ، فإن حق المشتري في استرداد ما دفعه من الثمن لا يبتدىء حساب مدة سقوطه إلا من يوم صيرورة هذا الحكم نهائياً (١٣ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٥٧) .

وكرر من معاً ، اشتراط المشتري على البائع إذا أراد الاسترداد أن يرد مع الثمن موائده ، وذلك لأن المشتري وفاء بقبض ريع المبيع ، فاذا ضم إليه الفوائد كان هذا قرينة على الرضا الفاحش . وجعل من هذه القرائن أيضاً أن تبقى العين في حيازة البائع بأى سبب (١) . وهذه القرائن غير قاطعة ، فيجوز إثبات حكمها (٢) .

(١) والقرائن المذكورة في تشريع سنة ١٩٢٣ ليست واردة على سبيل الحصر . وقد صدرت أحكام كثيرة من القضاء الوطنى والقضاء المختلط في عهد التقنين المدنى السابق ، في شأن بيع الوفا الذى يستمر وقتاً وما يقوم من القرائن في هذا الصدد ، سواء قبل صدور قانون سنة ١٩٢٣ أو بعد صدوره .

ونذكر من أحكام القضاء الوطنى ما يأتى : استئناف وطنى ٣ يناير - ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ٦٦-١١ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١١ ص ٢٤٠-٨ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٨-١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٤-٣٠ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦ ص ١١-١٤ مارس سنة ١٩٢١ الهامة ١ رقم ٩١ ص ٤٦٥-٢٧ مارس سنة ١٩٢٣ الهامة ١ رقم ١/١٧٧ ص ٢٤٥- استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٥ الهامة ٥ رقم ١/٥٠٥ ص ٦٠٩-٣١ يناير سنة ١٩٢٨ الهامة ٨ رقم ٤٧٢ ص ٧٧٤-٣٠ أبريل سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٥٢٦ ص ٩٩٢-٩ مارس سنة ١٩٣٣ الهامة ١٣ رقم ٦٣٣ ص ١٢٤٣-٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٢- استئناف أسبوط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٨- استئناف أسبوط ١٧ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٦٣- استئناف أسبوط ٣ يونيو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٥٤٥ .

ونذكر من أحكام القضاء المختلط ما يأتى : استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٣١٧-٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ - ٢٨-٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٤-٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣-٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٧-٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧-١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٩-٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٣١-٢٧ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٠٦-٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٣٠ ص ١٧٥-٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٣-٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٥-١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٥-٩ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٠-٥ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٥٤-٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٥-٥ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٥٠-١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩١-٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٨٣-٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩-٢٩ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٦-١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٣-١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٨-١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٧-١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦-٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٣-٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٠٥ .

(٢) وقد ر. د. ، كما رأينا ، في آخر المادة ٣٢٩/٣٣٢-٤٣٣ : من التقنين المدنى السابق =

أنه يجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما في العقد بدون التفات إلى نصوصه. وليس ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تجب في العقود المنطوية على غش الإثبات بحسب الطرق. وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٣٩ من القانون المدني (السابق) تجوز لبائع أو يثبت بكافة الطرق، ومنها البيئة والقرائن، أن العقد لم يكن بيعاً باتاً، وإنما هو - هل خلاف نصوصه - يستر رهناً حيازياً. فإذا ادعى المشتري أن العقد الذي صدر منه في صورة بيع لم يكن إلا استئانة بفائدة ربوية مضمونة برهن زائعي أفرغ في قالب بيع بات اقترن به تأجير العين له، وكذلك إقرار من العائد معه برد العين إليه في الأجل المحدد وبالقصة المنفق عليها في العقد، ثم استند بحكمة الدرجة الأولى بدعواه وبينت الأدلة والقرائن التي استندت إليها، ولكن محكمة الاستئناف رغم تحسكه بدعواه هذه وطلب إجراء التحقيق لإثباتها، لم تأخذ بها، متعلقة في قضائها بأن سر ذلك أن يكون العقد قد اشتمل على شرط الاسترداد، وإلا فلا يمكن إثبات عكس ما هو الوارد - بنظر الكتابة - فتضاوفاً بذلك مخالف حكم المادة ٣٣٩ سابقة الذكر (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٣٠) بمجموعة عمر ٢ وتم ٣٧ ص ١٠١). وقضت أيضاً بأنه يجوز لبائع أن يثبت بأى طريق من طرق الإثبات أن العقد، وإن كان بحسب نصوصه الظاهر بيعاً باتاً، فإنه في حقيقة الأمر يستر رهناً حيازياً. فإذا كان الحكم قد استخلص من شبه الشهود الذين سمعهم المحكة أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوال أربع سنوات إنما ينصب على هذا العقد، واستنتج من عباراته أن الطرفين في ذلك العقد إنما قصدا به في الحقيقة أن يكون ساتراً برهن حيازى، فإنه لا يكون قد أخطأ. إذ يمكن في اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة - نسبة التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما. وإذا كانت الأوراق المختلفة على تكييفها - هل هي ورقة ضد من العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبائع - مذكوراً فيها أنه إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء، وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينفذ مفعوله كبيع بمجرد انعاقده وإن تعلق على شرط فاسخ. وإذا فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تمليك الدائن للأطيان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسويع عبارتها، وليس فيه مسخ لدلولها (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢) - وانظر أيضاً: نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤١ ص ٢٢٩). وبقاء حيازة العين في يد البائع، إذا كانت تد قرينة قانونية طبعاً لتشريع سنة ١٩٢٣ - فإنها كانت تصلح قرينة قضائية قبل هذا التشريع (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨ ص ٩٣). وكون الثمن المدفوع لا يتناسب مع الثمن الحقيقي يصلح قرينة على الرهن (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٧ - ١٠٢٨ بوبه سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٤٥ ص ٩٤٢). ولو فسخ الإيجار بناء على طلب المشتري واسترد المشتري العين كالك، فهذا لا يمنع من كون التصرف يستر رهناً باطلاً، ولا حجة فيما قاله المشتري من أنه وضع يده كك لا كرتين بعد الفسخ (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢ ص ٩).

٧٩ - دوراه في بيع الوفاء : ويمر بيع الوفاء على دورين : الدور الأول عند انعقاد البيع ، ، والدور الثاني عند استعمال حق الاسترداد .

أولاً - عند انعقاد بيع الوفاء :

٨٠ - أركان بيع الوفاء : هي أركان أى بيع آخر ، رضا المتعاقدين والمبيع والثمن ، ولا يشترط التسليم (١). وهو بيع معلق على شرط فاسخ ، هو أن يبيع البائع إلى المشتري المبالغ التي يتفق عليها - وهي غالباً الثمن والمصرفات -

١ - ويؤخذ من ظاهري عبارات محكمة النقض في حكم حديث لما أنها تعتبر الفرائض الواردة في تشريع سنة ١٩٢٣ فرائض قانونية قاطعة . فقد قضت بأن بيع الوفاء ، قبل تعديل المادة ٣٣٩ مدني (قديم) ، كان قد اتخذ لسر بعض التصرفات القانونية الممنوعة ، مما حدا بالمشروع لإصدار القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ مدني المادة ٣٣٩ مدني قديم ، فكانت تنص على بطلان بيع الوفاء الذي يقصد به إخفاء رهن وأنه لا أثر له سواء بصفته بيعاً أو رهناً ، وأن العقد يعتبر مقصوداً به إخفاء رهن إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأى صفة من الصفات . والفني يبين من الباعث على تعديل المادة ٣٣٩ مدني ومن المذكرة التفسيرية الخاصة بهذا التعديل أن المشرع إنما أورد هذه القرينة كقرينة قانونية قاطعة للاستدلال بها على حقيقة المقصود بالعقد وأنه يستر رهناً . ويؤيد هذا النظر اتجاه المشرع إلى إلغاء البيع الوفاي نهائياً في القانون المدني الجديد اكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهن . ولما كان يبين من الحكم المطعون فيه أن المحكمة اعتبرت القرينة ليست قاطعة وأحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن عقد البيع هو في الواقع عقد رهن فإنه يكون قد غالت القانون (نقض مدني ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٧ ص ٣١٩) . ولكن يبدو أن محكمة النقض إنما تأخذ على الحكم المطعون فيه أنه لم يمتد ببرينة بقاء العين في حيازة البائع ، وكان من شأن هذه القرينة أن تمنى البائع من عبء الإثبات ، وتلقيه على عاتق المشتري ليثبت هو بالرغم من وجود هذه القرينة أن العقد حقيقة بيع وفاء لا رهن . فضلاً من ذلك ، أتى الحكم المطعون فيه عبء الإثبات على البائع . يثبت أن عقد البيع هو في الواقع عقد رهن . وهذا لا شك خطأ في الحكم المطعون فيه يبرر نقضه ، ولكن ليس هذا معناه أن القرينة القانونية إذا وجدت لم يجر إثبات حكمها . بل إن الواجب في القضية التي نحن بصدد حلها أن نحال الدعوى إلى التحقيق ، ولكن لا ليثبت البائع أن العقد هو في حقيقته رهن ، بل ليثبت المشتري أن العقد بالرغم من وجود القرينة القانونية على أنه رهن هو في حقيقته بيع وفاء . فإذا خلا بيع الوفاء من الفرائض القانونية ، كان على البائع الذي يدعى أن البيع الوفاي يخفى رهناً أن يقيم هو الدليل على ذلك (نقض مدني ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٢١ ص ٨٤٧) ، ومن حقه أن يجاب إلى طلبه إذا هو طلب إثبات أن بيع الوفاء يخفى رهناً (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٢ ص ٢٥٩) .

(استئناف وطني ٣ يناير سنة ١٩٥٥ المحقوق ٢٠ ص ١٣٥) .

في مدة معينة . فإذا تحقق هذا الشرط انفسخ البيع واعتبر كأن لم يكن ، ورجع المبيع إلى ملك البائع واعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصلاً .

وحتى يعتبر هذا الشرط صحيحاً يجب توافر أمرين : (١) أن يكون الشرط معاصراً لعقد البيع ولو لم يكن مذكوراً في عقد البيع ذاته ، فالمعاصرة الذهنية تكفى (٢) . فإذا تخلف الشرط عن عقد البيع ، فإن البيع يتعقد باناً ، ويكون الشرط اللاحق إما وعداً بالبيع أو بيعاً معلقاً على شرط واقف تبعاً لنية المتعاقدين . وتكييف الشرط اللاحق بأنه بيع معان على شرط واقف هو الذى تنص عليه المادة ٢٥٥ مدنى مختلط إذ تقول : إذا لم يشترط حق الاسترداد في العقد نفسه فمن يكسب هذا الحق لا يعود مالكام إلا من يوم اشتراطه هذا الحق . ولا نظير لهذا النص في التقنين الوطنى السابق ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ولنية المتعاقدين . (٢) ألا تزيد المدة التى يصح فيها الاسترداد على خمس سنوات فى التقنين الوطنى ، وعلى سنتين فى التقنين المختلط . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلى :

٨١ - مفروق كل من المشتري والبائع : يصبح المشتري ، بعد تسجيل

بيع الوفاء إذا كان المبيع عقاراً ، مالكام للمبيع تحت شرط فاسخ ، وله أن

(١) نفق مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النفق ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢ وهو الحكم السابق الإشارة إليه . يكفى في اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة الفنية التى تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما) - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١٧ (ورقة ضد تحمروت في يوم العقد البات) . ويخلص من ذلك أنه ليس من الضروري أن يكون عقد البيع ذاته هو الذى يثبت شرط استرداد العين المبيعة . وقد قضت محكمة النفق أنه ليس صحيحاً القول بأن اشتراط استرداد الدين المبيعة يجب أن يثبت بعقد البيع نفسه وإلا اعتبر وعداً بالبيع ، فإن المادة ٣٣٩ مدنى (سابق) تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البيعة والقرائن أن العقد لم يكن بيعاً باناً وإنما هو على خلاف نصوصه بسترهناً حيازياً (نفق مدنى ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النفق ٣ رقم ١٧ ص ٨٧ - وانظر أيضاً : نفق مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النفق ٤ رقم ٤٥ ص ٣١٨ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النفق ٦ رقم ٣٤ ص ٢٦٣ - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧) . وقضت محكمة النفق كذلك بأن إثبات أن عقد البيع قصد به إخفاء وهن مقترن بفوائد ربوية يحرمها القانون مراعاة لحكم هو أمر جائز بكافة الطرق ، سائر عقد البيع للظاهر بأنه بات أم وفائى (نفق مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النفق ٦ رقم ٢٢٣ ص ١٦٠٢) .

يتصرف فيه ولكن يكون تصرفه معلقاً على هذا الشرط . فله أن يبيع وأن يهب وأن يرهن ، فإذا تحقق الشرط فسخت كل هذه التصرفات . ويستطيع أن يظهر المقار بما عليه من الرهون ، ويبقى هذا التصرف نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ . وله أن يطلب الأخذ بالنفقة (١) ، ويبقى تصرفه هذا أيضاً نافذاً ولو تحقق الشرط . وله من باب أول أن يقوم بأعمال الإدارة ، كأن يؤجر العين ، ويكون إيجاره نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ ووردت العين إلى البائع ، ويلتزم هذا بتنفيذ الإيجار إذا كان ثابت التاريخ ووقع دون غش ولم تجاوز مدته ثلاث سنوات (٣١/٣٤٥ مدني سابق) . وإذا كان بيع الوفاء صادراً من غير مالك ، فإن كان المبيع منقولاً ملكه المشتري إذا كان حسن النية بموجب الحيازة ، وللمالك الحقيقي أن يستعمل حق الاسترداد . وإذا كان المبيع عقاراً ، أمكن المشتري أن يملكه بالتقادم الخمسي إذا كان حسن النية ، وللبائع حسن النية إذا استرد المبيع أن يضم مدة حيازة المشتري إلى مدة حيازته إذا اقترنت بسبب صحيح لأن المشتري يعتبر حائزاً لحسابه (٢) . أما إذا كان المشتري سيئ النية ، فإنه لا يملك المبيع إلا بالتقادم الطويل ، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً ، وله أن يضم مدة حيازة البائع ، فإذا ملك المبيع بالتقادم بقي للبائع حقه في الاسترداد .

ويصبح البائع مالكا تحت شرط واقف . فإذا تصرف المشتري في المبيع ، ثم تحقق الشرط ، عادت الملكية إلى البائع بأثر رجعي ، وأمكن هذا أن يسترد المبيع ممن تصرف له المشتري . ويستطيع البائع أن يتصرف في ملكيته للمعلقة على شرط واقف وأن يرهنها خاضعة لهذا الشرط (٣) ، فإذا كان المبيع عقاراً وجب التسجيل أو القيد . وللبائع فرق ذلك حق شخصي في ذمة المشتري ، يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع في مواجهته ، حتى لو انتقل إلى يد أجنبي .

(١) نفق مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجرمة أحكام النفق ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ .

(٢) بودري وسبينا فقرة ٦٣٦ - الاستاذ أنور سلطان ص ٣٧٥ هامش رقم ١ .

(٣) استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٦ .

ثانياً - عند استعمال حق الاسترداد :

٨٢ - من يستعمل حق الاسترداد وضد من يستعمل وعلى أى

شئ ، يقع : الذى يستعمل حق الاسترداد هو البائع ، وورثته من بعده ، ومن انتقل إليه حق البائع أى خلفه الخاص (١) . ولدائى البائع ، إذا كان هذا معسراً ، أن يستعملوا حقه باسمه وقتاً لأحكام الدعوى غير المباشرة (٢) .

ويستعمل حق الاسترداد - ضد المشتري أو ورثته من بعده . ويجوز أيضاً استعماله ضد المشتري من المشتري (أى الخلف الخاص) ، إلا إذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري الثانى حسن النية فانه يملك المبيع ملكاً باتناً ويبقى للبائع أن يرجع بتعويض على المشتري . أما إذا كان المشتري الثانى يعلم شرط الاسترداد أو كان المبيع عقاراً ، فانه يجوز للبائع أن يسترد منه المبيع ولا يدفع إلا الثمن المتفق عليه بينه وبين المشتري الأول حتى لو كان هذا الثمن أقل مما اشترى به المشتري الثانى ، ويرجع هذا على البائع له - أى على المشتري - بالفرق . أما إذا كان الثمن الذى اشترى به المشتري الثانى أقل ، فانه يسترد من البائع الثمن الأكبر ، ولا يرد الفرق إلى المشتري لأنه تلقى عنه حقوقه بالثمن الذى دفعه له . ويلاحظ أن استرداد البائع من المشتري الثانى يكون بموجب دعوى عينيه هى دعوى الاستحقاق ، إذ يرجع المبيع إلى ملك البائع باستعمال حق الاسترداد . وقد تقدم أن للبائع عدا هذا دعوى شخصية قبل المشتري الأول ، وتظهر فائدتها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز عرض ثمن المبيع وفائياً على المشتري من أحد الورثة من مال الورثة جميعاً ، ويكون الوارث الذى قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم . ولما كان حق الاسترداد مخولاً أصلاً للبائع ولورثته ، فانه يجوز استعماله لمن يقدم مقام الورثة وهو الدائن لهم والمتزيمون قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد إليه . وإذن متى كان ورثة البائع وفائياً قد باعوا العين إلى شخص ورفضوا الدعوى بطلب استرداد هذه العين من المشتري وفائياً ، ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محفظين بحقوقهم فى الثمن المودع ، فإن الحكم إذ قبل تدخل المشتري من الورثة منضماً إلى باقى المدعين فى طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون (نقض مدنى ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

(٢) وفى القانون الفرنسى للمشتري إلزام الدائنين بتجريد البائع من أمواله الأخرى قبل استعمال حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩٤ - قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زك فقرة ٤٨٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٨) .

في حالتين: (١) إذا كان البائع ليس متأكداً من أن المبيع تحت يد المشتري الثاني، إذ يجوز أن يكون هذا قد باعه لثالث، ففي هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الثاني، وهو لا يعلم أين ذهبت أنعين، فخير طريق يسلكه هو أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الأول بموجب حقه الشخصي فيضمن أن يكون استعماله لحق الاسترداد صحيحاً. (٢) إذا كان المبيع منقولاً وقد ملكه المشتري الثاني حسن النية بالحيازة، فلا يستطيع البائع في هذه الحالة أن يرفع عليه دعوى الاسترداد، ولا يبقى له إلا الرجوع بتعويض على المشتري الأول بموجب حقه الشخصي، وقد تقدم ذكر ذلك

ويقع الاسترداد على نفس المبيع، سواء كان ملكاً كاملاً أو حصة مشاعة أو حصصاً مقسومة (م ٣٤٦/٣٣٢ مدني سابق). ولكن لهذه القاعدة استثناءات.

١ - فقد يتعدد البائع، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً. فإذا كان البيع بعقد واحد وبشمن واحد، جاز للمشتري أن يطلب من البائعين جميعاً أن يتفقدوا فيما بينهم على استرداد كل المبيع أو لا يستردون شيئاً. ولا بد من اتفاق الجميع على الاسترداد، فلو عرض أحدهم أن يسترد كل المبيع لنفسه لم يجبر المشتري على إجابة هذا الطلب إلا إذا نزل باقي البائعين للبائع الذي يريد الاسترداد عن حقهم فيه. أما إذا لم يستعمل المشتري حقه في طلب اتفاق البائعين على الاسترداد، فكل بائع لا يسترد نصيبه، وبذلك ينقسم حق الاسترداد (انظر المواد ١٦٦٨ - ١٦٧٠ من قانون فرنسي، وهي مجرد تطبيق للقواعد العامة).

٢ - وقد يتعدد المشتري، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً. فيستطيع البائع أن يستعمل حقه في الاسترداد ضد كل واحد منهم بقدر نصيبه (١). أما إذا وقع المبيع كله في نصيب أحد الورثة، استعمل

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الاسترداد لا يقع - بحسب الأصل - إلا على المبيع كما هو، فإن الفقرة الثانية من المادة ٣٤٦ من القانون المدني (السابق) قد استثنت الحالة التي ندرن فيها دعوى الاسترداد «مقابلة على ورثة المشتري بالنسبة إلى الحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التي يملكها كل منهم». وهذا لا يصح منه القول بأن توجيه العرض أو الدعوى إلى بعض الورثة يعتبر توجيهها إلى الباقيين. وإذا كان البائع عند وفاة المشتري أن يجزئ دعوى

البائع حقه في الاسترداد ضد هذا الوارث بالنسبة إلى كل المبيع ، ويبقى سائر الورثة كل منهم مسئولاً بدعوى شخصية بمقدار نصيبه ، وذلك فيما إذا تعلل استرداد الشيء المبيع من تحت يد الوارث الذي وقع في نصيبه كل المبيع بأن كان مثلاً منقولاً وملكه مشتركان حسن النية بالخيازة . وليس للورثة أو للمشتريين أن يطلبوا من البائع استرداد كل الشيء المبيع كما في حالة تعدد البائع ، بل ينقسم هنا حق الاسترداد حياً (م ٣٤٦ / ٣٣٢ مدني سابق وم ١٧٢ مدني فرنسي) .

٣ - وتنفي المادة ٣٤٧ / ٣٣٣ مدني سابق (أنظر ١٧٦٦ مدني فرنسي) بأنه إذا كان المبيع بيع وفاء حصّة شائعة في عقار ، واشترى مشترها الحصّة الباقية من مالكها بعد طلب هذا المالك مقاسمته ، فالمشتري المذكور عند مطالبة بائعه الأول باسترداد الحصّة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بنهاها . ذلك أن المشتري وفاء قد اضطر ، لحفظ الحصّة المشاعة التي اشتراها ، أن يشتري حصّة الشريك . فلزم البائع أن يستردّها مع الحصّة المشاعة وأن يرد إلى المشتري الثمن الذي دفعه للشريك . ولكن للمشتري أن يحتفظ بما اشتراه في طلب المقاسمة وأن يرد للبائع الحصّة المشاعة التي اشتراها منه فقط . فإذا لم يشتري المشتري وراثته حصّة الشريك عند طلب القسمة ، بل بيعت كل العين لهذا الشريك أو لأجنبي ، فتمن الحصّة المشاعة للمبيعة وفاء هو الذي يستعمل فيه حق الاسترداد (١) . ويلاحظ أنه إذا كان المشتري وفاء هو الذي طلب القسمة ، فليس له أن يطالب البائع إلا باسترداد الحصّة التي اشتراها منه ، وإذا خرجت العين من يده نتيجة للقسمة لم تسر القسمة في حق البائع وفاء بل له أن يسترد حصّة المبيعة من يد من انتقلت إليه ، وله دعوى شخصية ضد المشتري وفاء كما قدمنا .

= الاسترداد بمطالبة بعض الورثة دون الآخرين ، فإن القول بأنه عند تجزئة الدعوى تعتبر الإجراءات موجهة إلى جميع الورثة يكون قولاً غير صديد (نفص مدني ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ بمجموعة عمر ٩ رقم ٢٠٤ ص ٥٧) .

(١) بودري وسبينا فقرة ٦٥٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩٦ - قازن الأستاذ أمّور سلطان فقرة ٣٧٨ .

٨٣ - متى يستعمل من الاسترداد : الحد الأقصى للمدة التي يجوز

أن يستعمل فيها حق الاسترداد هو خمس سنوات (١) . فإن اتفق المتعاقدان على أقل من هذه المدة ، مرى ما اتفقا عليه . وإن اتفقا على أكثر ، أنقص ما اتفقا عليه إلى خمس سنوات (٢) . وإن سكنا عن تعيين المدة ، اعتبرت المدة خمس سنوات (٣) . والمدة تحسب بالظوم المجري ، بحسب المتبع في عهد التقنين المدني السابق . وتبدأ من وقت البيع (٤) ، ولا يحسب يوم البيع وبحسب يوم الاسترداد ، وتحسب أيام الأعياد ، أو انتهى بها الميعاد ، لأن المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسرى على القاصر ولو لم يكن له نائب (٥) .

وتنص المادة ٤٢٧/٣٤٢ مدني سابق على أن « الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق في أي حال من الأحوال ولو في حالة القوة القاهرة » . فإذا انقضى الميعاد ولم يستعمل البائع حقه في الاسترداد ، أصبح بيع الوفاء الذي كان معلقاً على شرط فاسخ ييماً باتاً ، وأصبح المشتري مالِكاً للمبيع ملكاً باتاً منذ البيع لا منذ انقضاء المدة فحسب (٦) ، فأصبحت جميع تصرفاته في البيع باطة

(١) وفي التقنين المختلط سنن ، وفي التقنين المدني الفرنسي خمس سنوات .
(٢) وقد قضت محكمة الإستئناف الوطنية بأن العقد الذي يظهر من روايته أنه بيع وفائي باستكناه أوضاع البيع الوفاي تسرى عليه الأحكام المختصة بذلك ، ولا يصح اعتباره ييماً تحت شرط أحقية البائع في الفسخ في أي وقت أراد . فإذا عين في العقد المذكور ميعاد لاسترداد البائع العين المبيعة أكثر من خمس سنوات ، وجب تنزيل الميعاد إلى خمس سنوات . وحق الرجوع في البيع إما أن يكون مطلقاً بلا قيد وإما أن يكون مقيداً بشرط فاسخ ، وفي جميع هذه الأحوال لا يدرى إلا ببيع وفائي ، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الرجوع خمس سنوات (٤ مايو سنة ١٩٠٥ الحفرق ٢٠ ص ١٧٠) .

(٣) أوربي ورو ، فترة ٣٥٧ ص ١٦٦ - الأستاذ أنور سلطان فترة ٣١٩ .
(٤) أو من وقت تحقق الشرط الواقف إذا كان بيع الوفاء معلقاً أيضاً على شرط واقف .
(٥) الأستاذ أنور سلطان فترة ٣١٩ .

(٦) استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٤١ - فإذا كان بيع ييماً لم يسجل ، ثم أصبح باتاً على النحو المشار إليه ، جاز لشترى رفع دعوى صحة التعاقد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البائع ييماً وفائياً لم يستعمل حقه في استرداد المبيع في الميعاد سبق عليه - مرجع المشتري - بعد فوات مدة الاسترداد - دعوى صحة تعاقد على اعتبار أن هذا =

وعلى العكس من ذلك تزول ملكية البائع بأثر رجعي منذ البيع ، وزول جميع تصرفاته وتعتبر كأنها لم تكن ، لأن هذا كله كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق الشرط .

أما المتعاقدان فيستطيعان باتفاق لاحق مد الميعاد إذا كان أقل من الحد الأقصى بحيث لا يتجاوز المدة بعد المد هذا الحد . وإذا اتفق المتعاقدان في البداية على مدة معينة ، ثم مدعاها ما ذلك ، فإن كان الاتفاق على الحد قبل انتهاء المدة الأولى فالحكم ما تقدم ، وإن كان بعد انتهاء المدة الأولى أمكن تفسير ذلك بأن بيع الوفاء أصبح باناً بانتهاء المدة الأولى وأن المتعاقدين اتفقا بعد ذلك على بيع معلق على شرط واقف وحدد لتحقيق الشرط مدة هي مقدار ما مد من الأجل (م ٤٢٨ مخطط (١) . ولا يجوز في حجة الأحوال أن يفرض الارق على مد المدة بحقوق الغير (٢) . فإذا فرض أن المدة ٣ سنوات أولاً هي سنتان ،

البيع بات . تبينت المدة من بحثها واتمة تخلف شرط الاسترداد . المدة المحددة في سداد قد انقضت بغير أن ينفذ هذا الشرط ، فإنه يكون لها أن تقضى به . من اعتبار أن العقد أصبح بيعاً باناً ، إذ هذا التحول في طبيعة العقد يتم حكمه بقدر ما بمجرد تحسنت الشرط (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٣ من ٥٥٦) . هذا ولا يوجد ما يمنع ، حتى قبل أن يصح بيع الوفاء باناً ، من أن يطلب المشتري تسجيله على اعتبار أنه لا يزال بيع وفاء ، فيرفع دعوى صحة التعاقد على هذا الأساس .

(١) كولان وكابيتان ٢ ص ٥٥٤ - ويذهب رأي إلى أن شرط المد يعتبر وعداً من جانب المشتري بإعادة بيع المبيع للبائع ، ومن ثم لا يكون له أثر رجعي ، ولا يفرض بحقوق الغير المسكوبة في الفترة بين المد والاسترداد (الأستاذ أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٨٧ ص ٤٩٥) .

وقد قررت محكمة النقض جواز مد المتبايعين للأمر في عارات يؤخذ عليها إغراقها في الإطلاق ، وكانت في حاجة إلى نص من التشريع . فقضت بأن المادة ٣٤٢ مدني (قديم) وإن منعت المحاكم من مد الأجل المحدد من الاسترداد ، فإنها لم تحل دون اتفاق المشتري مع البائع على التنازل عن حقه المقرر له بإعادة المذكورة كلياً بالتنازل عن صيرورة البيع باناً نهائياً ، أو جزئياً بمد الأجل المحدد للاسترداد . والاتفاق على ذلك جائز قبل فوات الأجل المحدد أولاً للاسترداد ، كما هو جائز بعد فواته ، دون أن يؤثر ذلك في طبيعة العقد وكونه قصد به أن يكون عقد بيع وفائي (نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٣ ص ٦٥٥ - وانظر في انتقاد هذا الحكم الأستاذ سليمان مرقس ص ٤٣٦) .

(٢) ويجب تسجيله حتى يحتج به على الغير الذي كسب حقا بعد الاتفاق على المد (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ ص ٣٦٦) .

ون غصرون السنة الأولى رتب المشتري وفاء رهناً على العقار المبيع ، ثم انفق
مع البائع نسي انتهاء الميعاد على مده سنة ثالثة ، فان الرهن يصبح باتاً بانقضاء
السنتين ، لأن الدائن المرتين كسب حقه معلقاً على شرط فاسخ يجب أن يتحقق
في هذه المدة ، فاذا انقضت ولم يتحقق صار حقه باتاً . أما إذا كسب دائن
آخر رهناً على العقار بعد مد الميعاد ولو قبل انتهاء السنتين ، فالميعاد الثاني
المعتمد هو الذي لا يسرى الميعاد الأول (١) .

٨٤ - كيف يستعمل من الاسترداد : في فرنسا اختلف الرأي في
التمتع . ففريق يذهب إلى أن البائع يستعمل حقه في الاسترداد بعرضه الثمن
والمصروفات على المشتري عرضاً حقيقياً ، وفريق ثان يذهب إلى جواز الاقتصار
على العرض الفعلي دون العرض الحقيقي ، وفريق ثالث يذهب إلى عدم ضرورة
للعرض إطلاقاً ويكتفى بإظهار البائع للمشتري استعداده أن يدفع له فوراً الثمن
والمصروفات فيتم الاسترداد بإرادة منفردة من جانب البائع يعلن بها رغبته في
استرداد المبيع مع استعداده لرد الثمن والمصروفات . وبهذا الرأي الأخير يأخذ
انقضاء في فرنسا ، ويزيد عليه أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه
معلقاً على شرط رائف ، ويتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشتري فعلاً الثمن
والمصروفات ، فان لم يردّها اعتبر الاسترداد كأن لم يكن فيخلص للمشتري ملك
المبيع باتاً ويأمن بذلك مزاحمة دائني البائع .

أما في مصر فالقضاء والفقه يذهبان إلى الأخذ بهذا الرأي الأخير ، وإلى
أن مجرد إظهار البائع استعداده لدفع الثمن والمصروفات كاف (١) . ولكن يحسن

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٦ - ص ٤٩٧ .

(٢) استئناف مغلط ١٧ يناير سنة ١٨٨٩ م ص ٣٤٣ - ١٩ أبريل سنة ١٨٩٤ م .
ص ٢٣٧ - قنا الاستئنافية ١٩ سبتمبر سنة ١٩٠٣ الجمعية الرسمية ٥ رقم ١/٤٥ ص ٩٢ -
السطحة ١٨ سبتمبر سنة ١٨٩٩ الجمعية الرسمية ١ ص ٢٠٦ - جرائم ولان فقرة ٢١٢ -
دي هلتس ٤ لفظ vente فقرة ٢٩٩ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ٧٨١ - ومع ذلك فقد
قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجب إلى جانب إبداء الرغبة دفع الثمن فعلاً في الميعاد لوضوح
نص المادة ٢٣١ مدني المعدلة بأشائون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، ولا محل بعد هذا لتعديل الاستناد
على عبارة المادة ٣٤٤ مدني بقدر ذلك ، لأن المادة الأخيرة في الواقع إنما وضعت خاصة =

إذا أخذ بهذا الرأي ، التمسى مع القضاء الفرنسى فى أن الاسترداد على هذا النحو يكون معلقاً على شرط واقف هو الدفع الفعلى ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد استرد وأصبح البيع بائناً لعدم الاسترداد ، وبذلك يخلص للمشتري ملك المبيع فلا يزاحمه فيه دائنو البائع (١).

٨٥ - استمار الترتيب على استعمال هو الاسترداد : ترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد النتائج الآتية :

أولاً - بنسخ بيع الوفاء ويعتبر كأن لم يكن ، فتفسخ تصرفات المشتري وفاء فى المبيع وقد كانت معلقة على شرط فاسخ فتحقق الشرط (٢) ، وتنفذ كل تصرفات البائع وقد كانت معلقة على شرط واقف فتحقق الشرط أيضاً .

ثانياً - يصبح البائع مدينًا بما يأتى : (١) أصل الثمن . ولبس من الختم أن يكون الثمن الذى يرده البائع هو نفس الثمن الذى دفعه المشتري ، وإن كان هذا هو الذى يقع غالباً . ولكن قد يتفق المتعاقدان أن البائع يرد ثمنًا أكثر أو أقل ،

= لبيان ما يجب على البائع دفعه فوراً (٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية رقم ٢٠) . وأنظر أيضاً فى هذا المعنى الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٥٠٠ .
واسترداد البائع المبيع إذا كان عقاراً يكون فيه التأثير فى هامش تسجيل عقد بيع الوفاء ، ولا تحصل رسوم نسبية على هذا التأثير بل يسترد البائع نصف الرسوم النسبية التى دفعت عند تسجيل بيع الوفاء ويردها البائع للمشتري . أما إذا أصبح بيع الوفاء بائناً ، ثم انقضى المتبايعان على شرط جديد للاسترداد ، فلا بد عند الاسترداد من تسديد جديد ، ويستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق على شرط الاسترداد الجديد قد اعتبر بيعاً معادلاً من واقف أو وعداً بالبائع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٦ ص ٤٣٤) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٦١ ص ٤٤٠ - وقد كان المشروع التمهيدى لتقنين المدفوع الجديد - وهو يقر بيع الوفاء وينظمه كما قدمنا - يتضمن نصاً (م ٢/٦٢٢ من المشروع) يقول : « ويجوز للمشتري أن يحدد للبائع ميعاداً يلزمه فيه أن يعرض مبالغ المنصوص عليها فى اعترافه السابقة عرضاً حقيقياً ، فإذا انقضى الميعاد ولم يتم بذلك اعتبر فسخ البيع الذى ترتب على استعمال حق الاسترداد كأن لم يكن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ فى الهامش) .

(٢) وذلك فيما عدا التطهير والأخذ بشفعة وإيجار على النحو الذى قدمناه (انظر آنفاً فقرة ٨١) .

إلا أنه في حالة اشتراط رد ثمن أكثر يكون هذا موجباً للشك في أن العقد رهن برئاً فاحشاً . وليس على البائع رد فوائد الثمن ، فان المشتري قد استغل المبيع مدة البيع وفائى ويترجم ذلك مقام الفوائد حتى لا يجمع بين الفوائد والريع . بل إن اشتراط رد الفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع الوفاء إنما هو رهن . (٢) المصداقات المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع . فيرد البائع للمشتري رسوم التسجيل ، ويتحمل مصروفات الاسترداد من نقل المبيع والتأشير على هامش التسجيل وغير ذلك . (٣) المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري سبب ما صرفه في صيانة المبيع ، وكذلك في المصروفات النافعة يرد أقل القيمتين ما صرف فعلاً وما زاد في قيمة المبيع . بشرط في المصروفات النافعة ألا تكون فاحشة ، فقد يعتمد المشتري تحسباً للمبيع تحسباً يعجز البائع عن رد مصروفاته ، ففي هذه الحالة يكون البائع غير ملزم بردها وعلى المشتري أن يرد الشيء إلى أصله وينزع منه ما زاد عليه من بناء أو غراس أو غير ذلك (١) .

وليس للمشتري حق امتياز على المبيع ، لأن الاسترداد فسخ للبيع الأول وليس بيعاً جديداً ، ولكن يستطيع المشتري أن يعتبر الاسترداد كأن لم يكن إن لم يسرف الديون المتقدم ذكرها على الرأى الذى نذهب إليه . وللمشتري على كل حال حبس المبيع حتى استيفاء هذه الديون .

ثالثاً - يصبح المشتري مدينأ برد المبيع . ولا يرد الثمرات لأنها في مقابل

(١) وقد قضت محكمة النسخ بأن البائع وفائياً ، يلزم إلا يرد المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك ، وكذلك بالمصروفات التي تزيد قيمة المبيع بقدر رده من قيمته بشرط ألا تكون فاحشة ، وأما المصروفات التي ينفقها المشتري لاستغلال المبيع نياً فلا يلزم بها البائع متى كان إنفاقها في مقابل استغلاله لهذا المبيع وقبض ثمراته (نقض مدني ١٩٥٤ سنة ديسمبر ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

وإذا وقع نزاع بين البائع والمشتري على المبالغ الواجب ردها ولم يكن المشتري محققاً فيه ، كان للبائع أن يمرض المبالغ التي يرى نفسه ملزماً بردها عرضاً حقيقياً ويودعها خزانة المحكمة ، ، أن يخضع رسم الإيداع . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشتري وفائياً قد رفض قبول من الثمن والملحقات بغير مسرع قانوني ، فإن تمام ورثة البائع بخضم رسم الإيداع من المبلغ المروزر . (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

الفوائد ، ويستحق منها بنسبة المدة التي بقى فيها بيع الوفاء دون فسخ ، سواء كانت الثمرات طبيعية كحصول الأرض (١) أو مدنية كأجرة المنزل . وإذا نقص المبيع ، فإن كان بغبر فعل المشتري لم يلزم بشيء ولكن للبائع بداهة ألا يسترد ، وإن كان بفعل المشتري فهو مشلول عنه .

(ب) بيع الوفاء في عهد التقنين المدني الجديد

٨٦ - بيع الوفاء باطل - الأعمال التحضيرية للتقنين الجديد

ومادار في لجنة مجلس الشيوخ : قدمنا أن المادة ٤٦٥ من التقنين المدني الجديد تنص على أنه « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وقع البيع باطلا » . وذكرنا أن مشروع التقنين الجديد كان يقر بيع الوفاء وينظمه على غرار التنظيم الذي قدمناه في عهد التقنين السابق . ولكن لجنة مجلس الشيوخ ، عندما نظرت المشروع ، انقسمت إلى رأيين (٢) :

(الرأي الأول) ذهب إلى حذف هذه النصوص جملة واحدة ، وعدم النص على بيع الوفاء اكتفاء بأحكام الرهن ، إذ تبين من العمل أن كثيراً من البيوع الوفاية تستر رهونا حيازية عقارية ، حتى أن المشرع في سنة ١٩٢٣ نص على أن البيع الوفاي إذا ستر رهناً كان العقد باطلا بوصفه بيعاً أو رهناً . وقد دلت أصحاح هذا الرأي على صحة ما ذهبوا إليه بما يأتي : (١) أن بيع الوفاء لا وجود له إلا من الناحية النظرية ، وهو في الحقيقة يهدف إلى تحقير أحكام الرهن من أسير السبل . فنظام الرهن بنوعيه يعني عنه ، وبخاصة رهن الحيازة . (٢) أن هذا النظام يقضى على مزية حماية الملكية الصغيرة المتمثلة في قانون خمسة الأفدنة ، فيستطيع المرابي عن طريق بيع الوفاء أن يشتري أرض الفلاح الصغير وتخلص له ملكيتها إذا لم يسترد البائع ، وكان لا يستطيع دس عن طريق الرهن إذ لا يستطيع الحجز على الأرض وهي لا تزيد على خمسة أفدنة . (٣) أن بيع

(١) ولا يشترط جنيته بالفعل .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٨ - ص ١٧٦ .

الوفا بدفع صفار الملاك إلى بيع أموالهم وهم يعتقدون أنهم سيستردونها، والغالب أنهم يعجزون عن ذلك ، فتضيع عليهم أموالهم بأغس الأثمان . (٤) أن البائع في البيع الوفاى لا يستطيع أن يبيع ماله مرة ثانية بيعاً باتاً ، ويستطيع ذلك في الرهن .

(والرأى الثانى) ذهب إلى الإبقاء على نظام بيع الوفاء ، لأن في حذف هذا النوع من البيوع انعدام بعض التصرفات المقبولة التى جرى عليها العمل . وليس من الصواب القول بأن كل بيع وفاى يستر رهناً ، لأن المشترى في بيع الوفاء الحقيقى بطمع بعد انقضاء المدة في أن يكون مالكا ملكا باتا والبائع بطمع في أن يسترد ملكه ، فاذا حرم البائع من هذا التصرف وألحت عليه الحاجة وكان من صفار الملاك اضطر إلى بيع ملكه بيعاً نهائياً . وما دام القانون قد وضع الضمانات التى رأها كافية لحفظ الملك لصاحبه إذا رد الثمن ، فلا محل لحذف بيع الوفاء .

وقد قيل من جانب الحكومة في لجنة مجلس الشيوخ ، تأييداً للرأى الثانى ، إنه يجب الإبقاء على بيع الوفاء ، لأن العمل أثبت الحاجة إليه وفي الإمكان ، حماية لصفار الملاك والمضاحين ، الكشف عن البيوع الوفاية السائرة الرهون ومحاربتها ، كما فعل المشرع المصرى في سنة ١٩٢٣ . وأما ما قيل من أن البائع في البيع الوفاى لا يستطيع بيع ملكه مرة أخرى بيعاً نهائياً فردود ، لأنه يستطيع بيع حقه المعلق على شرط واقف وهذا لا يختلف كثيراً عن بيع ماله المرهون مثقلاً بالرهن . والقائلون بالغناء البيع الوفاى لم يثبتوا أن العمل أبان أن بيع الوفاء ضرره أكثر من نفعه . ثم وجهت الحكومة نظر اللجنة إلى أن حذف النصوص المتعلقة ببيع الوفاء من المشروع لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيكون هناك بيع وفاء ولكنه غير منظم تنظيمًا تشريعياً ، وهذا وضع أسوأ . وليس أمام اللجنة إلا أحد طريقين : إما أن تبقى بيع الوفاء فتستبقى تنظيمه التشريعى ، وإما أن تحرمه فتص على ذلك نصاً صريحاً .

وقد رأت اللجنة تأجيل البت في المسألة حتى تستطلع آراء المزارعين والمحامين في شأنها . ثم أعادت اللجنة النظر فيها ، ورأت حذف النصوص

المتعلقة ببيع الوفاء والنص صراحة على تحريمه ، لأن عدم النص على هذا التحريم يدع للناس مجالاً للتعامل به مستهدين فيه بتطبيق القواعد العامة .

وجاء بعد ذلك في تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، تلخيصاً لما دار في المسألة من مناقشات ، ما يأتي (١) : تناولت اللجنة بيع الوفاء ، وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل ، إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان ، تبدأ ستاراً للرهن ، وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بشحن بنفس . والواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة . ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد . ولكنه قل أن يحسن التصدير ، فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ، ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته ، وتعمل غيباً ينبغي أن يدرأه القانون عنه . ولذلك رؤى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا اللجوء إلى الرهن الحيازي وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما ، دون أن يتسع الخبال لفتن قلما يؤمن جالبه .

٨٧ - ما الرى يترتب على بطلان بيع الوفاء : فبيع الوفاء إذن ، في التتبعين المدين الجديد ، باطل . ويمكن تأسيس هذا البطلان على هذا النص الخاص (م ٦٥ مثنى) ، كما يمكن القول إن البطلان هنا راجع إلى أن المشرع قد استحدث تغييراً في نظرته إلى النظام العام ، فوجد أن بيع الوفاء - ويقصد به عادة أن يكون ستاراً لتصرف غير مشروع - أمر مخالف للنظام العام ، فيكون باطلاً تطبيقاً للقواعد العامة في البطلان (٢).

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٧٨ - ص ١٧٩ .

(٢) حل أن القون بأن بطلان بيع الوفاء قاعدة من النظام العام قد يقتضى أن يكون النص انقاضي بالبطلان اثر رجعي ، فيسرى على بيع الوفاء التي أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٩ فالأولى إذن أن يقال بأن قاعدة البطلان ، وإن كانت تمت للمصلحة العامة ، لا تنعز من النظام العام ، وبأن البطلان هنا مؤسس على نص خاص في القانون (أنظر سابقاً ببل مقرر ٨٩)

وأحكام هذا البطلان هي الأحكام التي تقررها القواعد العامة . فهو بطلان مطلق ، لا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم ، ويستطيع أن يتمسك به كل من كان له مصلحة فيه ، ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولا يترتب عليه أثر (١) ، لا فيما بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة إلى الغير ، وفقاً للتفصيلات التي أوردناها عند الكلام في البطلان في الجزء الأول من الوسيط . فيجب على المشتري رد المبيع وثمراته إلى البائع ، ود أن يسترد المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة ، وذلك كله طبقاً لتقواعد المقررة في هذا الشأن . ويجب على البائع أن يرد للمشتري فوراً ما قبضه من ثمن ولا يعتد بالأجل ، ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق . ولا يكون المبيع مثقلاً بأي حق عيني لضمان رد الثمن ، فإن بيع الوفاء جعله القانون باطلاً باعتباره بيعاً أو رهناً . وإذا كان قد سبق تسجيله ، فعند تقرير البطلان يؤثر بذلك على هامش التسجيل .

وفي الفترة السابقة على تقرير بطلان بيع الوفاء ، إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع رهن ، اعتبر التصرف صادراً من غير مالك وجري عليه حكمه . أما إذا تصرف البائع في المبيع ، فتصرفه صحيح لأنه هو المالك . وإذا انقضت المدة المحددة للاسترداد واسترد البائع المبيع ، فإن ذلك لا يمنعه من التمسك ببطلان البيع (٢) . أما إذا استرد البائع المبيع في المدة المحددة ، فلا عبرة بهذا الاسترداد ، ويرجع المبيع إلى البائع لا بحكم الاسترداد وفسخ البيع ، بل بحكم أن البيع باطل من الأصل كما سبق القول .

ولا يصلح بيع الوفاء ، وهو بيع باطل ، أن يكون سبباً صحيحاً للتقادم القصير . على أن المشتري وفاء إذا باع العين لمشتري حسن النية ، ملكها المشتري الثاني في المنقول بالحيازة ، وأمكن أن يملكها في العقار بالتقادم القصير ، لأن البيع الصادر من المشتري وفاء بيع صادر من غير مالك فيجري عليه حكمه .

(١) ولا يمكن حل بيع الوفاء على أنه يستر في الحقيقة رهناً فتجري أحكام الرهن ، فالمقدم السائر هنا عقد باطل بحكم القانون فلا يصلح أن يستر أي تصرف آخر ، وقد قصد المشرع إبطال بيع الوفاء أصلاً سواء باعتباره بيعاً أو رهناً (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٥٦) .

(٢) وقد بينى المشتري واضحاً يده على المبيع ، كمالك ملكاً باتناً ، بعد انقضاء مدة الاسترداد . ويستطيع في هذه الحالة أن يتمسك المبيع بالتقادم الطويل ، دون التقادم القصير كما سيأتي .

٨٨ - تمييز منطقتي بيع عرفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ:

ولما كان بيع الوفاء ليس إلا بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ، وكان دون سائر أنواع البيع المعلقة على شرط فاسخ بيعاً باطلاً في التقنين المدني الجديد ، لذلك أصبح يميزه من هذه البيوع وتحديد منطقته أمراً بالغ الأهمية ، حتى يختص هر وحده بالبطلان .

ولا صعوبة في تمييز الشرط الوفاؤي عن الشرط الفاسخ غير المتعلق بإرادة البائع . فذلك أن الشرط الوفاء هو شرط يتعلق حتماً بإرادة البائع ، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن إرادته في الاسترداد . فإذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بإرادة البائع ، أو متعلقاً بها وبأمر آخر خارج عنها ، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطاً وفائياً ، وكان البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً . مثل ذلك أن يبيع موظف داراً له في الاسكندرية ، ويعمل البيع على شرط فاسخ هو نقله إلى هذه المدينة إذ يحتاج عند ذلك إلى الدار لسكنائها ، فالبيع هنا معارض على شرط خارج عن إرادة البائع ويكون صحيحاً . وإذا باع شخص داراً وعلق البيع على شرط فاسخ هو أن يزوج ، فالشرط هنا مختلط يتعلق بإرادته وإرادة الزوجة ، فلا يكون شرطاً وفائياً ويكون البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً .

ويلحق الأمر عندما يكون الشرط الفاسخ متعلقاً بإرادة البائع . فهناك شرط متعلق بإرادة البائع وليس شرطاً وفائياً فيبقى معه البيع صحيحاً ، وشرط متعلق بإرادة البائع وهو شرط وفائى فيبطل معه البيع . ونرى أن التمييز بين الشرطين يقوم على الاعتبار الآتي : في بعض الأحوال يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقى فسخة من الوت يتروى فيها كما في البيع مع الاحتفاظ بحجز العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط (١) ، ففي هذه الحالة يكون الشرط للتروى فيصح ويصح معه البيع . وفي أحوال أخرى يجعل البائع لنفسه حق الفسخ مؤملاً أن يسترد المبيع برد الثمن ، ففي هذه الحالة يكون الشرط وفائياً فيبطل ويبطل معه

(١) أما البيع بشرط التجربة ، فقد يكون بيعاً معتمداً على شرط فاسخ كما سبق القول ، ولا الشرط هنا لا يتعلق بإرادة البائع بل بإرادة المشتري ، والقول فيه عن كل حال للخبراء لا للمثري في إحدى صورتيه .

البيع . فالشرط الصحيح هو ما كان للنزوي ، والشرط الباطل هو ما كان
للتمكر من استرداد المبيع .

ويمكن أن نتصور ، بعد أن أصبح بيع الوفاء باطلا ، أن تتحايل الناس
تجنب هذا الحكم باحدى وسيلتين (١) : يبيع المالك العين للمشتري بيعاً
باناً ، ثم يبيع المشتري بعقد جديد نفس العين للبائع معلقاً البيع على شرط واقف
هو أن يسترد الثمن والمصروفات في مدة معينة . (٢) يبيع المالك العين للمشتري
بيعاً باناً ، ثم يبيع المشتري العين لأجنبي بعقد ثان ، ثم يبيع الأجنبي العين للبائع بعقد
معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات في خلال
مدة . وتتماز هذه الوسيلة الثانية عن الوسيلة الأولى في أنه قد توسط أجنبي
ما بين البائع والمشتري ، فجعل الشبهة أبعد (٢) . وعندنا أنه إذا اشتبه القاضى
في حقيقة البيع هل هو بيع وفائي فيبطله ، وجب عليه ألا يقف عند تكييف

١٠ وهناك دليان آخران لا يستطيع المتعاملان أن يلجأ بهما ، إذ تقعان مباشرة تحت
حظر القانون . الوسيلة الأولى أن يرهن المالك العين عند الدائن ، ويشترط الدائن أن يملك العين
إذا لم يستوف الدين في الميعاد ، فيصل بذلك إلى النتيجة التي كان يصل إليها ببيع الوفاء . وهذه
الطريقة حرمها القانون بنص صريح ، هو المادة ١٠٥٢ مدني في الرهن الرسمي والمادة
١٠١١ مدني في الرهن الهيازي . والوسيلة الثانية أن يمدد المتعاملان إلى إخفاء بيع الوفاء تحت
ستر بيع بات لا يوجد فيه شرط وفائي ، ويحرران بالشرط الوفاي ورقة ضد فيما بينهما وقد
يؤخران تاريخها عن تاريخ البيع البات . وقد كشف القضاء منذ عهد التفتيش المدني السابق عن هذا
التحايل ، وأوردنا أحكاماً كثيرة تقضي بأن البيع في هذه الحالة يعتبر بيعاً وفائياً ، عاصر فيه
الشرط الوفاي البيع ولو معايرة ذهنية .

(٢) وهناك صورة يسهل تمييزها عن صورة بيع الوفاء ، وإن كانت بيعاً معلقاً على شرط
خ ويتحقق للشرط بإرادة البائع : يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط
خ هو عدم الوفاء بالثمن أو بقسط منه في الميعاد المتفق عليه . وتميز هذه الصورة عن بيع الوفاء
بأن الثمن فيه مؤجل ، أما الثمن في بيع الوفاء فيكون عادة ممجلاً أو قريب الأجل . وتكون الفسخ
في هذه الصورة واجباً إلى أن البائع لم يستوف الثمن ، أما الفسخ في بيع الوفاء فيرجع إلى أن البائع
قد استوفى الثمن ثم رده إلى المشتري .

وقد يبيع شخص عيناً لأخر ، ويعلق البيع على شرط واقف هو ألا يوفى البائع ديناً عليه
للمشتري . فعذا ليس ببيع وفاء ، ولكنه بيع قد يخفى رهناً اشترط فيه انتقال الملك في الرهن إلى
المرتهن إذا لم يستوف الدين في الميعاد ، فيكون هذا الشرط باطلاً (استئناف مختلط أول ديسمبر
سنة ١٩٧٧ م ١٠ ص ٢٦) .

المتابعين للعقد، بل بحمل الصفقة أو مجموعة الصفقات ليرى هل الفرص من ذلك هو ضمان رد المبيع إلى البائع إذا رد الثمن فإذا لم يردده خلصت ملكية المبيع للمشتري، فعند ذلك يكون التصرف سائراً لبيع وفاء ويجب عليه الحكم ببطالته. ومما يعينه على تبين ذلك القرائن التي كانت في عهد التقنين المدني السابق تتخذ دليلاً على أن العقد رهن لا بيع وفاء. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد - وقد أقر بيع الوفاء ونظمه كما قدمنا - يتضمن نصاً في هذا المعنى هو المادة ٦٣١ من هذا المشروع، وكانت تفضي بما يأتي : ١ - إذا ستر بيع الوفاء رهن حيازة عقارياً، كان العقد باطلاً بوصفه بيعاً أو رهنًا. ٢ - ويعتبر بيع الوفاء سائراً لرهن حيازي إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بني المبيع في حيازة البائع بأية صفة كانت. يجوز بأية طريقة أخرى لإثبات الرهن المستر، دون الوقوف عند الألفاظ التي وردت في العقد. (١) ونرى أن نستنتج من هذا المبدأ، في صورتين اللتين قدمناهما، وفيهما صدر البيع معلقاً على شرط واقف إلى البائع من المشتري أو من أجنبي، إذا سلم المشتري أو الأجنبي المبيع للبائع بالرغم من أن ملكية هذا البائع لا تزال معلقة على شرط واقف، أو كان على البائع أن يرد الثمن مع الفوائد، أو قامت قرائن أخرى كأن يرد البائع ثمناً أكبر أو أن تطول مدة التعليق كما يكون عادة في مدة الاسترداد في البيع الوفاي، سهل على القاضي أن يتبين أن العقد بستر بيع وفاء فيقضى ببطالته (٢).

٨٩ - ليس للتقنين الجديد أثر رجعي : رأينا أن التقنين المدني الجديد

قد استحدث حكم بطلان بيع الوفاء أصلاً من غير تمييز بين بيع جدي وبيع بستر رهنًا، فهذا الحكم الجديد وإن كان يمت للمصلحة العامة لا يعتبر من النظام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠ في الهامش.

(٢) وقد يمد المشتري البائع بإعادة بيع المبيع له إذا أبدى البائع رغبته في الشراء في مدة مدته فثل هذا العقد جائز. وهو يختلف اختلافاً جوهرياً عن بيع الوفاء، إذ البائع فيه قد تحدد ملكية المبيع تجزئاً نهائياً، وليس له إلا حق شخصي قد لا يستطيع بموجبه أن يرد المبيع. وإذا إذا تصرف المشتري فيه قبل أن يبدى البائع رغبته في الشراء. أما في بيع الوفاء فقد استقر على المبيع حق ملكية معلقاً على شرط واقف، وهو واثق من استرداد المبيع إذا هو استرداده في الاسترداد.

العام ، فلا يكون له أثر رجعي . وترتب على ذلك أن كل بيع وفاء أبرم قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ يبقى خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق المعدل بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، وتسرى عليه هذه الأحكام فلا يكون باطلاً إلا إذا كان بيعاً يستر رهناً ، وذلك حتى لو لم تكن مدة الاسترداد قد انقضت في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

أما بيع الوفاء التي تبرم ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فهذه تخضع لأحكام التقنين المدني الجديد ، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء يستر رهناً (٢) .

§ ٤ - البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى اتيفاء الثمن أو الإيجار السائر للبيع

(vente à tempérament — location-vente)

٩٠ - النصوص القانونية : نص المادة ٤٣٠ من التقنين المدني في ما يأتي :

(١) وآخر بيع وفاء يمكن تصوره خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق هو بيع وفاء أبرم في يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ واتفق على أن تكون مدة الاسترداد فيه خمس سنوات . فيجوز في مثل هذا البيع للبائع أن يسترده المبيع حتى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٥٤ ، وبعد هذا اليوم لا يمكن تصور استرداد صحيح يقع من البائع (الأستاذ سليمان مرقس فترة ٢٥٤) . ولكن يمكن تصور نزاع يقوم بعد هذا التاريخ حول استرداد استعمل في حدود هذا التاريخ ، وقد يبقى النزاع سنيين طويلة منظورا أمام المحاكم ويلزمها فيه تطبيق أحكام التقنين المدني السابق .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩ .

• بعض رسائل حديثة في الموضوع : هابير (Habert) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - فيدور (Fedor) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - مانيو (Magniaux) رسالة من رون سنة ١٩٣٣ - ميشليه (Michelet) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - سجانك (Sganek) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - يونغ (Yung) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - ييمتر =

١٥ . إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكره نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢٥ . فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن ينفذاً على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعريضاً له عن فسخ البيع إذا لم يوف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعريض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

٣٥ . فإذا ماوفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع .

٤٥ . ونسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجاراً ، (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

= (Le Mestre) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - روسو (Rousseau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - فيلوتريكس (Villoutreix) دراسة اقتصادية وقانونية لبيع السيارات بالتقسيط رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ .

(أنظر في هذا بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٦ هاس رقم ١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٠ من المشروع التمهيدي . وكانت الفقرة الأولى من المادة ٥٧٠ المذكورة تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى الثمن كله ، حتى يتم تسليم المبيع » ، أما الفقرات الثلاث الأخيرة فلا تختلف عما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد إلا في بعض فروق لغوية . وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي ، وأصبح رقم المادة ٤٤٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت الفقرة الأولى إلى النص الذي استقر في التقنين المدني الجديد ، لأن نص المشروع يورهم أن الملكية لم تنتقل بثباتاً من البائع إلى المشتري ، مع أن الواقع أن الملكية تنتقل إلى المشتري مطلقة على شرط واقف هو استيفاء الثمن كله ، فعدلت اللجنة النص حتى يؤدي هذا المعنى بوضوح . وحذفت اللجنة من الفقرة الثالثة عبارة « عند اشك » حتى يكون العقد قاطعاً في أن انتقال الملكية يستند دائماً إلى وقت البيع . ووافق مجلس سواب على النص كما عدلته . ووافق مجلس الشيوخ عليه تحت رقم ٤٣٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٧ - ص ٤٨ و ص ٥٠ - ص ٥١) .

المادة ٣٩٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٣٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا يوجد مقابل للنص (١) .

٩١ - تطبيقات هملية : يتبع كثيراً أن يبيع شخص شيئاً بشئ مقسط ، وحتى يستوفى من أن المشتري يوفى الثمن ونحوها من إعساره يشترط أن يحتفظ بملكية البيع فلا تنتقل بانه إلى المشتري حتى يقوم بوفاء جميع أقساط الثمن . وأكثر ما يقع ذلك في بيع السيارات والآلات الميكانيكية والدراجات وماكينات الخياطة والراديوهات والبيانوهات والآلات الكائبة والبرادات (التلاجات) والغسالات ونحو ذلك من المنقولات . وقد يقع أيضاً في بيع المحلات التجارية والأراضي والدور والقبيلات . فيجمع إلى أصل الثمن فوائده ، ويقسم المبروع أقساطاً متساوية على عدد من الشهور أو السنين ، وإذا وفاها المشتري جميعها خلصت له ملكية المبيع (٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٨ (مطابقة المادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩١ - فقرة ٩٣) .

التقنين المدني الليبي م ٤١٩ (مطابقة المادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٣٤ (متفقة مع نص المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري والأحكام واحدة في التقنينين - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٤١ - فقرة ١٤٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢ - فقرة ٥٩ و فقرة ٣٠٢ - فقرة ٣٠٤) .

تقنين : وجبات والعقود اللبناني : ليس فيه نص مقابل ، ولكن نص التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً لقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه في لبنان .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تجب المادة أن يشترط البيع ، إذا كان الثمن مؤجلاً ، أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى كل الثمن ، حتى لو سلم ج قبل ذلك . وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التي تبيع سلعها بالتقسيط - كالألات وحربات السفن والأراضي التي تباع بأثمان مقسطة - فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ في الضمان من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٩) .

وأنظر في الناحيتين الاجتماعية الاقتصادية لهذا البيع ، وفي انتشاره في أمريكا ، وفي أنه يهيئ

- وأول صورة لهذا البيع كانت هي البيع بالتقسيط (vente à tempérament). ثم تدرج التعامل من هذه الصورة إلى صورة الإيجار السائر للبيع (location-vente). وهو الآن في سبيله إلى التدرج نحو صورة ثالثة هي الإيجار المقترن بوعدهم بالبيع (location complétée par une promesse de vente). ونستعرض هذه الصور الثلاث التي وقف منها التقنين المدني الجديد عند الصورتين الأوليين. لأنهما هما الصورتان ، الأكثر انتشاراً .

٩٢ - البيع بالتقسيط : عرضت الفقرات الثلاث الأولى من المادة ٤٣٠ مدني ، كما رأينا ، لحالة البيع بالتقسيط . فإذا باع تاجر عينا - سيارة أو آلة كاتبة أو راديو أو غير ذلك - بشئ مؤجل واجب الدفع في ميعاد معين ، أو بشئ مقسط أقساطاً متساوية على النحو الذي قدمناه ، واشترط البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط واقف هو وفاء المشتري بالتقسيط المؤجل في الميعاد المحدد أو وفاؤه بالأقساط جميعاً في المواعيد المتفق عليها ، فإن البيع بهذا الشرط يكون صحيحاً . ويجب إعمال الشرط ، حتى لو سلم البائع المبيع للمشتري قبل استيفاء الثمن أو قبل استيفاء أى قسط من أقساطه .

وفي هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع معلقة على شرط واقف إلى المشتري ، ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ (١). وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد ، هو أن يوفى المشتري بالتقسيط أو بأقساطه في الميعاد المحدد . فإذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية بآثر رجعي

= السبيل لذوي الموارد المحدودة إلى الحصول على سلع ما كانوا يحصلون عليها لو كان الثمن واجب الدفع فوراً ، ولكنه يخلق في الوقت ذاته حاجات جديدة للناس ، ويدفع التاجر إلى رفع سعر السلعة حتى يراجه احتمال إعسار المشتري وبخاصة في أوقات الانكماش الاقتصادي : جوسران ٢ فقرة ١٠٢٢ - فقرة ١٠٢٣ .

(١) وقد احتفظ بها بموجب الشرط (clause de reservati domini - pactum reservati domini) : أنظر استئناف مختلط ٢٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨٠ ص ٤٤٥ - ٩ فبراير سنة ١٩١٧ م ص ٢٠٠ - ٥ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ص ٤٨٢ - وقد يشترط البائع - دون أن يحتفظ بملكية المبيع - ألا يتصرف المشتري في البيع قبل انقضاء بشرته ، مالم يوفى المشتري من المشتري بالتقسيط (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣٧ ص ٢٠٠) .

إلى المشتري ، ونحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ رزالت الملكية عن البائع بأثر رجعي أيضاً (١). ومن ذلك نرى أن البيع بالتفريط هو صورة معكوسة لبيع الوفاء ، إذ في بيع الوفاء يكون البائع هو المالك تحت شرط واقف والمشتري مالك تحت شرط فاسخ .

وقبل تحقق الشرط يكون المشتري ، كما قلنا ، مالكا للمبيع تحت شرط واقف . ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع ، فالذي انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع ، أما الملكية فانتقلت إليه بالبائع ، وقوفة . ولكن ذلك لا يمنع المشتري من أن يتصرف في هذه الملكية الموقوفة ، ويكون تصرفه هو أيضاً معلقاً على شرط واقف . فيجوز له أن يتصرف في المبيع بالبائع والرهن ، ويكون المشتري من المشتري مالكا تحت شرط واقف ، كما يكون للمرتهن حق رهن معلق على شرط واقف . وإذا كان المبيع منقولاً - كما هو الغالب - وتصرف فيه المشتري تصرفاً باتاً لمشتري حسن النية لا يعلم أن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف ، فقد تملكه المشتري من المشتري تملكاً باتاً بموجب الحيازة (٢).

(١) ويلاحظ أن البيع لو كان باتاً غير معلق على شرط واقف ، وتأخر المشتري عن دفع الثمن ، جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع . ولكن هذه الصورة تختلف عن الصورة التي نحن بصددنا في أمرين : (أ) الملكية في البيع البات تنتقل إلى المشتري ملكية باتة ، أما في البيع المعلق على شرط واقف فلا تنتقل إلا معلقة على هذا الشرط . (ب) ثم إن الملكية الباتة التي انتقلت إلى المشتري في البيع البات لا تنسخ من تلقاء نفسها بمجرد عدم وفاء المشتري بالثمن ، بل لابد من حكم بالفسخ ، والقاضي غير مجبر على فسخ البيع بل يجوز أن يمنح المشتري مهلة لدفع الثمن وفقاً للقواعد المقررة في فسخ العقد . أما في البيع المعلق على شرط واقف فبمجرد تأخر المشتري في الوفاء بالثمن يعتبر تخلفاً للشرط ، فيعتبر البيع كأن لم يكن دون حاجة إلى حكم وفقاً للقواعد المقررة في الشرط .

ولا يوجد ما يمنع من أن البيع ، بدلاً من تعليقه على شرط واقف ، يكون معلقاً على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن . فتنتقل الملكية إلى المشتري معلقة على شرط فاسخ ، وإذا لم يف بالثمن يتحقق الشرط الفاسخ فيزول البيع بأثر رجعي دون حاجة إلى حكم . وهذه الصورة الأخيرة - وهي التي قلنا إنها تشبه ببيع الوفاء فيما قدمناه (أنظر آتياً فقرة ٨٨ في الهامش) - تختلف عن البيع البات المقابل لفسخ في أن إنفساخ البيع فيها يكون من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الشرط الفاسخ وفي البيع البات يكون الفسخ بحكم ، وفي أن الذي ينتقل إلى المشتري فيها ملكية معلقة على شرط فاسخ وفي البيع البات تنتقل إلى المشتري ملكية باتة .

(٢) استئناف مغلط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢ - يلائيول وريبير وهامل ١٠

فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ .

ولا يعتبر المشتري في هذه الحالة مبدداً، فالتبديد يقتضى قيام عقد معين - الإيجار أو العارية أو الوديعة أو الرهن - وليس البيع بالتقسيط من بين هذه العقود (١). ولو أفلس المشتري، والشرط لا يزال معلقاً، كان الباقي من الثمن ديناً في التفليسة يزاحم فيه البائع سائر دائي المشتري إذ لا يكون امتياز البائع سارياً في حق التفليسة ولا يستطيع البائع من جهة أخرى أن يسرد المبيع من التفليسة (٢). فهذان أمران يجريان على غير ما يشتهى البائع : عدم اعتبار المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع ، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عيناً من التفليسة .

وإذا تحقق الشرط، ووفى المشتري بالثمن ، فقد صار مالكا للمبيع هو وثمراته منذ البداية ، وزال عن البائع ملكيته للمبيع بأثر رجعى . أما إذا تخلف الشرط ، وتأخر المشتري عن دفع الثمن ، فإن ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف تزول بأثر رجعى لعدم تحقق الشرط (٣) ، وتعود الملكية بانه إلى البائع منذ البداية إذ أن البيع يعتبر كأن لم يكن . ولا يحتاج البائع في ذلك إلى حكم بزوال البيع ، فإن تخلف الشرط الواقف وحده كاف في ذلك وفقاً للقواعد المقررة

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٧ ص ٢٥٧ - نقض فرنسي جنائي ١٨ أكتوبر سنة ١٩٣٤ سيرة ١٩٣٦ - ١ - ٣٩ - أول يورنيه سنة ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ٢ - ٣١٥ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ جازيت دي باليه ١٩٣٧ - ١ - ١٣٩ .

ويلاحظ أن المادة ٤٢ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٥٧ ، في مصر ، قضت بأنه يحظر حل المشتري ، بدون إذن سابق من البائع ، أن يتصرف بأي نوع من أنواع التصرفات في السلمة موضوع التقسيط قبل الوفاء بشئها . ونصت المادة ٤٥ من نفس القانون حل العقوبة ، وهي الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور والغرامة التي لا تتجاوز مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين . فهذا القانون قد خلق إذن جريمة جديدة هي جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن ، ولكن هذه الجريمة لا تكون إلا في البيوع التجارية ويشترط فيها أن تكون حرفة البائع هي البيع بالتقسيط (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم ص ٧٤ - ص ٧٥) .

(٢) أنظر المادة ٣٤٤ من الشئتين التجاري - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فترة ٦١ - ٦٢ وفترة ١٨١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٧ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - أنيسكلوبيدي دالوز ٣ لفظ location - vente - فترة ٢٨ - فترة ٣٠ .

(٣) زوال ملكية المشتري لعدم تحقق الشرط الواقف هو التمييز الصحيح ، والتمييز في هذا المقام بلفظ - الزوال - أدق من التمييز بلفظ - الفسخ - الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدني .

في الشرط (١). وللبائع في هذه الحالة أن يطالب المشتري بتعويض ، ويغلب أن

(١) على أنه من الممكن القول بأن البائع بالخيار ، فإب أن يعتبر أن الشرط الواقف قد تخلت نزال البيع كما قدما ، وإما أن ينفذ على أموال المشتري بالباقي من الثمن ويكون له على المبيع بالذات حق امتياز البائع . وإمكان اختياره للتنفيذ بباقي الثمن يؤسس على أنه قد نزل عن الشرط وهو مقرر لمصلحته فيجوز له النزول عنه . وقد يقال أيضاً إن البائع أن يعتبر تخلت الشرط الواقف راجعاً إلى تعدد المشتري فقد امتنع عن الوفاء بالثمن ، فيكون الشرط في حكم المنقوض ويصبح البيع بائناً ويجوز للبائع أن ينفذ الباقي من الثمن .

وتصرح المذكرة الايضاحية بجواز أن يطالب البائع بتنفيذ البيع بدلا من المطالبة بنفسه (الأدق : بدلا من المطالبة بزواله) فتقول : « وغنى عن البيان أن البائع يستطيع ، بدلا من المطالبة بنفسه البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضى من المشتري ما بقى في ذمته من الأقساط . » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩) . والفقه المصري أيضاً يقول بذلك : أنظر الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٥ ص ١٣٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٦١ ص ٨٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢١ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٤٧ .

وعلى هذا الرأي أيضاً سار القضاء . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للبائع أن يطالب بتنفيذ البيع مع احتفاظه بشرط استبقاء الملكية (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٩٩ ص ٤٦ - ولكن قانن ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢) . وإذا طلب الفسخ لم يحتفظ بما قبض من أقساط ولكن له أن يطلب تعويضاً يراعى فيه قيمة الشيء وقت استرداده (استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢ وقد سبقت الإشارة إليه) ، فإذا حجز على المبيع للتنفيذ بالثمن فقد نزل عن حقه في استبقاء الملكية (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٤٦) . على أن مجرد حصول البائع على حكم بالباقي من الثمن لا يفيد حتماً نزوله عن شرط استبقاء الملكية (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢١ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٩٢ - ٦ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٥) . فإذا اختار تنفيذ الحكم بالباقي من الثمن لم يجز له الرجوع إلى المطالبة بنفسه البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٦) . ولا يجوز له اتخاذ إجراءات التنفيذ وإجرات الفسخ في وقت واحد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٠) . ولكن التنبيه لا يعتبر حتماً نزولاً عن طلب الفسخ ، فالبائع المدول عن التنبيه بالدفع إلى طلب الفسخ (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٢٨ ص ٢٤٠) . أو توقيع المحجز فيعتبر نزولاً عن المطالبة بالفسخ (استئناف ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٤٠ وقد سبقت الإشارة إليه .)

أما في فرنسا فيجوز القضاء والفقه ، في الإيجار السائر للبائع ، أن يعدل المستأجر عن الصفقة ، فيرد الثمن إلى الموزر ، ويعتبر الأقساط التي دفعها أجرة في مقابل انتفاعه بالشيء ، ولا يستطيع المؤجر إجباره على المضي في الصفقة ودفع بقية الأقساط ليحول الإيجار بيماً (نقض مدني فرنسي أول يولي سنة ١٩٢٥ سريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٦١ - أنسيكلريدي دالوز ٣ لفظ location-vente فقرة ١٧) .

يكون قد اشترط في عقد البيع أن يكون التعويض هو احتفاظه بكل أو بعض الأقساط التي يكون قد استوفاهها. ويعتبر هذا الشرط شرطاً جزائياً تسرى عليه أحكام الشرط الجزائي، وأهم هذه الأحكام - وهو ما تشير إليه الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدني - أنه يجوز للقاضي تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه . ويكون مبالغاً فيه إذا كان المشتري قد وفى عدداً كبيراً من الأقساط بحيث يكون احتفاظ البائع بها يزيد كثيراً على الضرر الذي لحقه من جراء عدم استيفائه الباقي من الثمن (١) . ففي هذه الحالة يحكم للقاضي بإرجاع بعض هذه الأقساط إلى المشتري ، ويحتفظ البائع من الأقساط التي استوفاهما بما يكفي لتعويضه (٢) .

٩٣ - الإيجار المأجر للبيع : وحتى يتجنب البائع المخطورين اللذين أشرنا إليهما - عدم اعتبار المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بثمن وعدم استطاعة البائع استرداد العين من ثقلية المشتري - يعتمد في كثير من الأحيان أن يخفى البيع بالتقسيط تحت ستار عقد الإيجار ، فيسمى البيع بإيجاراً . وغرضه من ذلك ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد ، حتى هذه الملكية المعلقة على شرط واقف والتي كانت هي المانعة من اعتبار المشتري مبدداً ومن استرداد البائع للمبيع من الثقلية . فيصف المتعاقدان العقد بأنه إيجار ، وبصفان

(١) ويبدو أنه مادام التخفيض جائزاً تبعاً لجسامة الضرر ، فإن وجود الضرر نفسه يكون شرطاً لاستحقاق البائع أى جزء من الأقساط المدفوعة ، فإن لم يصبه أى ضرر وجب عليه رد كل الأقساط (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٩ - ص ٧٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٩ ص ٢٥٩ - ص ٢٦٠) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وتعين المادة أن يشترط البائع ، في حالة عدم مداد الأقساط وفسخ البيع تبعاً لذلك ، أن يستبق الأقساط المدفوعة (وهي جزء من الثمن) على سبيل التعويض . إلا أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائي ، وأجاز تخفيفه طعناً للقواعد التي قررت في هذا الشأن (م ٣٠٢ فقرة ثانية من المشروع) ، حتى يمنع التصرف الذي يقع في هذه الأحوال . فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الأقساط ، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقى منها ، ويحتفظ بكل الأقساط التي استوفاهما ، وفى هذا عنت على المشتري يستطيع القاضي أن يدفعه إذا خفض الشرط الجزائي وقضى بأن يرد للبائع بعض هذه الأقساط . وحتى عن البيان أن البائع يستطيع ، بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضى من المشتري ما بقى في ذمته من الأقساط » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٤٩) .

أقساط الثمن بأنها هي الأجرة مقسطة ، ثم يتفقان على أنه إذا رقب المشتري بهذه الأقساط انقلب الإيجار بيعاً وانتقلت ملكية المبيع بآته إلى المشتري . وحتى يحكما متر البائع يتفقان في بعض الحالات على أن يزيد الثمن قليلا على مجموع الأقساط ، فنكون الأقساط التي يدفعها المشتري هي أقساط الأجرة لا أقساط الثمن ، فإذا وفاها جميعاً وولى فوق ذلك مبلغاً إضافياً يمثل الثمن انقلب الإيجار بيعاً بآتا .

وبحسب البائع بذلك أنه قد حصن نفسه : (١) فهو أولاً وصف البيع بأنه إيجار ، وسلم العين للمشتري على اعتبار أنه مستأجر ، فإذا تصرف المشتري فيها وهو لا يزال مستأجراً أى قبل الوفاء بالثمن ، فقد ارتكب جريمة التبديد ومن ضمن عقودها الإيجار . (٢) وهو ثانياً قد أمن شر إفلاس المشتري ، إذ لو أفلس وهو لا يزال مستأجراً ، فإن البائع لا يزال مالكا للمبيع ملكية بآته ، فيستطيع أن يسترده من تفضيلة المشتري (١) .

ولكن بالرغم من تذرع المتعاقدين بعقد الإيجار يستران به البيع ، فإن الغرض الذي يرميان إلى تحقيقه واضح . فقد قصدا أن يكون الإيجار عقداً صورياً يستر العقد الحقيقي وهو البيع بالتقسيط ، والمبلغ الإضافي الذي جعله المتعاقدان ثمناً ليس إلا ثمناً رمزياً والثمن الحقيقي إنما هو هذه الأقساط التي بسميائها أجرة . ومن ثم قضت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ مدنى بأن أحكام البيع بالتقسيط تسرى على العقد ، ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً (٢) . ويترنب على ذلك أن الإيجار السائر للبيع يعتبر بيعاً محضاً ، وتسرى عليه أحكام البيع بالتقسيط

(١) أما إذا هلك الشيء بسبب أجنبي في يد المشتري ، فإنه يهلك من مال البائع . ويستوى في ذلك أن يعتبر العقد إيجاراً إذ البائع يكون مؤجراً فهو مالكا للشيء يهلك عليه ، أو يعتبر بيعاً معلناً على شرط واقف إذ الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع ولا يكون لتحقيق الشرط الواقف أثر دهمي وفقاً للقواعد المقررة في الشرط (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٤ ص ١٧٣ - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٩١ ص ١٢٩) .

ويلاحظ أنه إذا كان البيع معلناً على شرط واقف وهلك المبيع ، فإنه يهلك على البائع ، حتى لو كان قد سلم المبيع إلى المشتري فهلك بعد التسليم . ويتحقق ذلك في صورتين عمليتين : البيع بالتجربة والبيع بالتقسيط .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٨ و ص ٧٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٥ ص ١٢٩ ، فقرة ١٧ ص ٢٧ - الأستاذ جليل الشراوى فقرة ٥٠ ص ١٣١ - ص ١٣٢ الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٦٤ ص ٩٦ - ص ٩٧ و فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ .

التي تقدم ذكرها (١). وأهمها أن تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري معلقة على شرط

(١) وقد حسم التفتين المدنى الجديد كما نرى الخلاف في هذه المسألة بنص صريح . فقد كانت مسألة خلافية في عهد التفتين المدنى السابق . فذهب رأى إلى أن العقد إيجار مقترن بشرط فاسخ ومصحوب ببيع معلق على شرط واقف (استثناء مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧٨ - وأنظر في انتقاد هذا الرأى الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢٣ - ص ٢٣) . وذهب رأى إلى اعتبار العقد مركباً يهدف إلى غرضين مختلفين في وقت واحد ، نقل الملكية إلى المشتري وتأمين البائع من إفساره ، ولا يمكن الفصل ما بين الغرضين . من أن تشوه إرادة المتعاقدين ، ومن ثم يكون العقد عقداً غير مسمى (رسالة الأستاذ الشيبى فقرة ٦٥ ص ٨٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حقيقة العقد بيع لا إيجار (١١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٨٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) ، ولكنه بيع احتفظ فيه البائع بالملكية حتى الوفاء بالثمن (استثناء مختلط ٢٥ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٠ - ٢٥ يناير ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٢ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٥٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٣٠ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٤ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٤) . ويجب أن يكون العقد واضحاً في أنه بيع مع احتفاظ البائع بالملكية حتى الوفاء بالثمن ، فلا يتضمن شروطاً متعارضة (استثناء مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٩ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٦) ، ولا يستخلص من مجرد أن البائع قد اشترط حلول الباقي من الأقساط إذا تأخر المشتري في دفع قسط (استثناء مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ وقد سبقت الإشارة إليه) . ولا يجوز للبائع ، إذا تأخر المشتري في الدفع ، أن يبيع المبيع بدون ترخيص من القضاء ولو كان ذلك مشروطاً في العقد وأن يحتفظ في الوقت ذاته بالأقساط المدفوعة (استثناء مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٢) . وإذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية ، منع ذلك من أن تصبغ هذه الآلة عقاراً بالتخصيص في أرض المشتري (استثناء مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) . والبائع المحتفظ بملكية المبيع ، إذا تأخر المشتري في دفع الأقساط ، أن يحجز حل المبيع حجزاً استحقاقياً (saisie - revendication) (استثناء مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٦) .

وذبت محكمة النقض إلى أن تكييف العقد هل هو بيع أو إيجار يتبع فيه قصد المتعاقدين ، وتستخلص محكمة الموضوع هذا القصد مستهدية بنصوص العقد . فقضت بأن التكييف القانوني للعقد المصطلح على تسميتها في فرنسا باسم location-vente لا يزال موضع خلاف بين المحاكم والفقهاء ، فإذا اعتبر قاضي الموضوع عقداً من هذا النوع ، فقد بيع ، مستهدياً في ذلك بنصوص العقد ومستظهراً منها حقيقة قصد المتعاقدين وقت التعاقد بحيث لم يقع منه تخيف لآى نص من نصوصه ولا مسخ لحكم من أحكامه ، بل كل ما فعل إنما هو تظليل لمعنى من المعانى الواردة به على معنى آخر ، فإن محكمة النقض لا تستطيع سوى إقرار ما ذهبت إليه (نقض جنائى ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٠٦) .

واقف منذ إتمام العقد . وانتقال الملكية إلى المشتري على هذا النحو يترتب عليه أنه إذا - رث المشتري في المبيع قبل الوفاء بالثمن لم يعتبر مبدداً ، وأنه إذا أفلس المشتري (١) لم يستطع البائع أن يسترد المبيع من التفليسة (٢) .

٩٤ - الإيجار المقترونه بوعده بالبيع : وقد لا يتحدث المفسران عن بيع أصلاً في عقد الإيجار ، فيصدر العقد على أنه إيجار محض ، ولكنه مقترن بوعده بالبيع من المؤجر إذا أبدى المسأجر رغبته في الشراء خلال مدة الإيجار . ونرى في هذه الحالة التمييز بين فرضين .

(الفرض الأول) أن يكون المتعاقدان يريدان في الحقيقة بيعاً بالتقسيط منذ

(١) لكن إذا حجز دائر المشتري على أمين ، فإن البائع يستطيع أن يفسخ البيع ، كما أن له حق امتياز على الأمين يتقدم به على دائي المشتري . أما إذا أعتد البائع مؤجراً ، فإنه يبقى مالكا للعين ، ويكون الحجز الواقع من دائي المسأجر حجراً باطلاً (أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ location-vente - فترة ٣٣ - فترة ٣٤) . فإذا كان دائر المشتري هو مؤجر المكان الذي وضعت فيه العين ، فإن له امتيازاً يسبق امتياز البائع ولو اعتبر هذا البائع مؤجراً ، إذ القاعدة أن مؤجر المكان له امتياز على استقولات في العين المؤجرة حتى لو كانت هذه المستقولات ملكاً للغير مادام المؤجر حسن النية (أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ location - vente - فترة ٣٥) .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد حسم المشروع إشكالا بإيراده هذا النص ، فقد جرت العادة أن البيع الذى يبرم على هذا النحو يسمى المتعاقدان بإسراً إماناً من البائع في ضمان حقه ، إذ هو بذلك يسترق الأنقاط أجرة لائئناً ، وإذا ما تصرف المشتري في المبيع عد هذا من تبديداً . فأقر المشروع الأمور في نصائها ، وبمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر ، فهذا العقد بيع لا إيجار ، ويعتبر معطفاً على شرط واقف هو حداد الأنقاط جميعها ، فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشتري منسحبة إلى وقت البيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩ - ص ٥٠) .

أما في فرنسا - حيث لا يوجد نص مماثل للنص الذى أورده التقنين المدنى المصرى الجديد مقتباً إياه من المادة ٤٤٥ من التقنين المدنى الألمانى والمادة ٣٣١ من المشروع الفرنسى الإيطالى (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩) - يعتبر الإيجار السائر للبيع إيجاراً فيما بين المتعاقدين فيكون المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل سؤاف بالثمن ، ولكنه بالنسبة إلى دائي المشتري يعتبر بيعاً فلا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تفليسة المشتري (أنظر بلافيو، وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٩ - بلافيو وريبير وبولانجيه ٢ فترة ٣٥ - ١٤ - فترة ٢٤٣٩ - أنسيكلوبيدى دالوز ٣ لفظ location - vente - فترة ١٠ - فترة ٣٥) .

بداية . وآية ذلك أن يجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه معباً على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار في مواعيدها ، وأن يجعل الثمن في حالة ظهور رغبة المستأجر في الشراء هو أقساط الإيجار وقد يضاف إليها مبلغ ومزى . فو هذا الفرض يكون العقد بيعاً بالتقسيط لا إيجاراً ، ويصير المشتري مالكاً تحت شرط واقف ، فلا يكون مبدداً إذا هو تصرف في البيع قبل الوفاء بالثمن ، ولا يستطيع البائع استرداد المبيع من تغليبه المشتري (١) .

(الفرض الثاني) أن يعقد المعاقدان إيجاراً مجدياً بثمن به وعد بالبيع . فيؤجر المالك داراً أو سيارة لأخر مدة معينة وأخره بسبع أقساط ، وبعد المدة المستأجر في عهد الإيجار بأن يبيع منه الدار أو السيارة إذا هو أبدى رغبته في شرائها في خلال مدة الإيجار . ويكون للعين الموروثة بيعها ثمن حدى مستقل عن أقساط الأجرة ، ويتناسب هذا الثمن مع قيمة العين (٢) ، وتكون الأقساط التي يدفعها المستأجر هي أقساط لأجرة حثبية وليست أقساط الثمن . ففي هذا الفرض يكون العقد إيجاراً لا بيعاً بالتقسيط ، فلا تنقل الملكية من المستأجر ، وإذا تصرف المستأجر في السيارة إلى استأجرها من مبدداً ، وإذا أفسد استرد المؤجر السيارة من تغليبه . فإذا ما أظهر المستأجر رغبته في شراء العين ، انتهى

(١) أنظر عكس ذلك في فرنسا بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٠ ص ٢٦٦ . ولكن أنظر في أن العقد قد يكون بيعاً مطلقاً على شرط فاسخ كولان وكابيثان ٢ فقرة ٨٣٥ ص ٥٥٨ - وقد صدرت في فرنسا قوانين مختلفة تنظم بعضاً من هذه البيع : أنظر قانون ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ في تنظيم بيع السيارات بالتقسيط ، وقد جعلت أحكامه تسري على بيع الجرارات الزراعية بموجب قانون ٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ . وأنظر قانون ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ في تنظيم بيع الأوراق المالية بالتقسيط ، وقانون ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ في تحريم بيع الأوراق المالية ذات « اليانصيب » (valeurs à lots) بالتقسيط لما تنطوي عليه عادة من استغلال للمشتري ، وجعلت العقوبة في هذا القانون هي عقوبة النصب - وقارن في مصر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن بعض البيع التجارية ، وقد دخلت جريمة جديدة هي جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن (أنظر آتياً فقرة ٩٢ في المبحث) .

أنظر في بيع قريب من البيع بالتقسيط هو البيع عن طريق الاشتراك (vente par abonnement) كالاشتراك في الجرائد والمجلات والمياه والغاز والنور ، بلانيول وريبير وبيرولانجي ٣ فقرة ٢٤٣٨ . (٢) الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى

عند الإيجار ، وتم عقد بيع ينقل الملكية إلى المشتري من وقت ظهور الرغبة
بستند بأثر رجعي إلى وقت الإيجار . وزال التزام المستأجر بدفع أقساط
الجرة ، وحل محله التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه ، ويكون الثمن
مضموناً بحق امتياز على المبيع .

§ ٥ - البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير

(vente avec faculté d'élire command — avec déclaration
de command — avec élection d'ami)

٩٥ - الصورة العملية لهذا البيع : يقع في العمل أن شخصاً يريد شراء
شيء معين ، ولكنه لا يريد أن يظهر نفسه مشترياً ، إما لعدم رغبته في ذبوع
الخبر لسبب خاص به ، وإما لخشيته من أن البائع إذا علم أنه هو المشتري يطلب
ثمناً عالياً لعلمه أنه اجل ثرى ، أو أن له مصلحة بارزة ، أو حاجة ملحة ،
لإتمام هذه الصفقة . فيعتمد من يرغب في الشراء إلى إخفاء اسمه ، ويكلف
صديقاً أو وسيطاً أن يتقدم هو لشراء الشيء على أن يشترط لنفسه حق التقرير
بالشراء عن الغير . ولا تنفع النيابة العادية لهذه الصورة من صور التعامل ،
إذ لو أن الوسيط تقدم وكيلًا عن المشتري لا يكشف اسم الموكل ، والموكل
يريد كتمان اسمه كما قلنا . كذلك لا يتسع التعاقد بمسخر أو باسم مستعار
prête-nom ، إذ لو تقدم الوسيط للشراء باسمه الشخصى كوسيط مسخر ، لوقع
العقد له هو ، ولاحتاج في نقل ملكية الشيء لمن وسطه في الشراء إلى عقد بيع
جديد برسوم جديدة ، ولا تنقلت الملكية إلى هذا الأخير مثقلة بالحقوق العينية
والتكاليف الآتية من جانب الوسيط . لم يبق إذن إلا أن يشتري الوسيط الشيء
باسمه مع احتفاظه بالحق في أن يقرر في مدة يتفق عليها أنه اشترى لشخص يعلن
اسمه ، ومتى أعلن الاسم وقع البيع مباشرة لهذا الشخص الآخر ، ويعتبر الوسيط
نائباً عنه في الشراء . فإذا لم يعلن الوسيط اسم أحد في المدة المعينة ، بقى البيع
باسمه واعتبر أصيلاً في الشراء لا نائباً .

ويجوز أن يكون للبيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير صور عملية أخرى .

منها أن شخصاً يعلم بحاجة شخص آخر إلى شراء شيء معين ، ولا ينسج الوقت أو لا توافي الظروف أن يطلب إليه تفويضاً في شرائه ، فيقدم على شراء الشيء باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير ، ثم يعرض الصفقة بعد ذلك على الشخص الآخر ، فإن قبلها قرر المشتري أنه اشترى باسم هذا الشخص الآخر ، وإلا استبقى الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع أيضاً ألا يكون عند المشتري فكرة واضحة عن شخص آخر يشتري له الصفقة ، فيشتري الصفقة باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير ، ثم ينظر بعد ذلك فقد يجد الشخص الملائم الذي يريد الصفقة فيعلن اسمه ، أو يجد الخير في استبقاء الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع أخيراً صورة خاصة نص عليها تقنين المرافعات وسيأتي تفصيلها فيما يلي :

ومن ذلك نرى أنه حتى يكون هناك بيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، يجب توافر شرطين :

(١) أن يحتفظ المشتري عند الشراء - لا بعده - بحقه في التقرير بالشراء عن الغير (faculté d'élire command) (١) .

(٢) أن يتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري في خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فإن لم يفعل بقيت الصفقة له . وتكون هذه المدة في العادة مدة قصيرة ، حتى لا يبقى البائع معلقاً مدة طويلة لا يدري أباغ للوسيط أم باع لغيره (٢) .

وبحسب أن يكون الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير في أي بيع ، سواء كان بيعاً بالممارسة أو بيعاً بالمزاد (٣) . ولم يرد فيه نص في التقنين المدني

(١) فيقرر أنه يشتري لنفسه أو لغيره ، وقد يقرر أنه يشتري لنفسه ولغيره وهذا لا يبرمه بأن يستبقى لنفسه جزءاً من الصفقة (بودرى وسيلوا فقرة ١٧٦ ص ١٧٠) .

ويستثنى من هذا الشرط الصورة الخاصة التي نص عليها تقنين المرافعات كما سنرى .

(٢) بودرى وسيلوا فقرة ١٨٣ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٢ .

(٣) بل إن هذا الضرب من التعامل بدأ في المقرد بالمزاد أمام القضاء ، وانتقل منها بعد ذلك إلى المقرد بالممارسة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨) . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم قديم لها قد قضت بأن التقرير بالشراء عن الغير لا يجوز إلا في البيوع القضائية استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٩ ص ٢٠ (٢) . ولكنه يجوز في كل البيوع ، الاختيارية =

المصري ، ولا في التقنين المدني الفرنسي (١) ، وفي مصر تسرى القواعد العامة على هذا العقد (٢) ، فننظر في حكمه قبل التقرير بالشراء عن الغير ، ثم ننظر كيف يكون هذا التقرير ، وماهى الآثار التى تترتب عليه إذا وقع أو إذا لم يقع .

٩٦ - **حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير** : بمقتضى البيع صحيحاً بالشرط المتقدم الذكر . وقبل أن يستعمل المشتري حقه فى التقرير بالشراء عن الغير وإعلان اسم هذا الغير ، وفى خلال المدة التى عينت لهذا التقرير ، يكون البيع موصوفاً بالخصوصية الآتية : المشتري للصفقة قد يكون هو الذى تقدم للشراء وقد يكون شخصاً آخر سيعلمه هذا المشتري فى الميعاد المحدد . فالمشتري إذن شخص تخيرى (٣) ، إذا جاز نقل هذا التعبير المعروف من محل الالتزام إلى طرف الالتزام ، وتعيينه بيد من تقدم للشراء محتفظاً بهذا الحق ، فيكون إما هو ذاته أو يكون شخصاً آخر يعلن اسمه فى خلال المدة المتفق عليها . وليس من تقدم للشراء مجبراً ، بطبيعة الحال ، على التقرير بالشراء عن الغير ، فهذا حتى احتفظ به لنفسه ، فله أن ينزل عنه ويحتفظ لنفسه بالصفقة (٤) .

= والجبرية ، غير القضائية والقضائية (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧ - وانظر : أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة المشار إليه إنما يمنع التقرير بالشراء عن الغير فى اببيع غير القضائية إذا لم يوجد شرط بذلك فى البيع الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٥٥٠ هامش رقم ٣) .

(١) ولكن هناك تشريعات فرنسية قديمة ، صدرت أثناء الثورة الفرنسية ، ذكرت هذا البيع . وكان معروفاً فى القانون الفرنسى القديم ، وله تقاليد قديمة ، فنظمت تشريعات الثورة الفرنسية ، واستكمل تنظيمه الفقه والقضاء فى فرنسا (بودرى وسينيا فقرة ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ - جوسران ٢ فقرة ١٠٦٢) .

(٢) فيما عدا الصورة الخاصة التى عرض لها تقنين المرافعات فى المادة ٦٧٠ وسأتى ذكرها - وأنظر فى جواز التعامل بهذا البيع فى مصر جبرانجولان فقرة ٢٢٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٥٠ ص ٥٥١ .

(٣) أنظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ .

(٤) ومن أجل هذا لا يعتبر من تقدم للشراء وكيلًا عادياً ، لأن الوكيل لا يستطيع أن يحتفظ بالصفقة لنفسه ، إذ هى تقع مباشرة بوكله . بل ليس ضرورياً لمن تقدم للشراء ، إذا أراد أن يكون وكيلًا ، أن تكون الوكالة قد صدرت إليه قبل الشراء كما هو شأن الوكيل العادى (بودرى وسينيا فقرة ١٧٥) .

=

وهو هذا ليس في حاجة إلى أن يتقدم بتقرير بين فيه أنه يحتفظ بالصفقة لنفسه ، بل يكفي أن يدع الميعاد المحدد ينقضي دون أن يقرر أنه اشترى لشخص آخر ، فيكون هو المشتري على وجه بات .

ويجوز له أن يتصرف في المبيع ، فيبيعه أو يرهنه أو يربط عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع أو غير ذلك ، ويحمل تصرفه في هذه الحالة على أنه قرر ضمناً أن يستبقى الصفقة لنفسه ، لأنه لا يتعمل ذلك إلا إذا كان مالكاً للمبيع (١) . ولكن أعمال الإدارة - كأن يرمم المبيع أو يؤجره أو يودعه - لا يستخلص منها أنه قرر استبقاء الصفقة لنفسه ، بل يجوز له أن يقوم بها مع استبقاء الحق في التقرير بالشراء عن الغير ، لأن القيام بأعمال الإدارة لا يتنافى مع الاحتفاظ بهذا الحق (٢) .

٩٧ - كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير : فإذا لم يرد المشتري أن يستبقى الصفقة لنفسه ، فعليه أن يقرر بالشراء عن الغير الذي اشترى له الصفقة .

== وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير ، غير جار على إطلاقه . فان بين أحكام الوكالة والأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي تترتب عليه تناقضاً ، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يسلم حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهي أحكام مقررة في شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً . ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستر إلى العقد الأول ، وهو أمر ما يقصد من شرط اختيار الغير ، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير ، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوراً على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك ، أو إذا لم يسلم هذا الحق ، أو إذا أعمله بعد هذا الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ - وقد سبق ذكر هذا الحكم آنفاً عند التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة انظر فقرة ١١ في الهامش) .

(١) بودري وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٢ هامش

وقم ٤ - الأستاذ محذكامل مرسى فقرة ٣٨٩ ص ٥٤٩ .

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠

ص ٢٥٤ هامش رقم ٤ .

وليس. لهذا التقرير شكل خاص ، فيكنى أن يخطر البائع بأنه يقرر أنه اشترى لشخص معين وبذكر اسم هذا الشخص . ولكن عليه أن يثبت صدور هذا الإخطار منه وفقاً للقواعد العامة ، فإذا كان الثمن يزيد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فيحسن إذن أن يكون الإخطار بالكتابة ، بكتاب مسجل أو بانذار على يد محضر ، حتى يتوفر للمشتري وسيلة قوية للإثبات.

ويجب أن يعلم البائع بهذا التقرير في الميعاد المتفق عليه . فإذا انقضى هذا الميعاد ولم يصل إلى علم البائع تقرير من المشتري ، اعتبر البائع أن الصفقة قد وقعت نهائياً للمشتري ، وكان هذا هو المستول عن التزامات المشتري وله جميع حقوقه ، حتى إذا أعلن المشتري اسم شخص آخر بعد انقضاء المدة ، عد هذا الإعلان منه بيعاً جديداً إذا قبله الشخص الآخر (١).

وإذا أعلن المشتري اسم الشخص الذى اشترى له في الميعاد ، فإذا كان هذا الشخص قد قبل الصفقة من قبل واتفق مع المشتري على أن يتقدم للشراء لحسابه لم يلزم قبول منه آخر . وإذا كان لم يسبق منه قبول للصفقة ، فعند ذلك يجب أن يصدر منه قبول ، لأنه لا يجبر على أن يحل محل المشتري دون قبول منه . لذلك يجوز للبائع ، بعد أن يصله تقرير المشتري بالشراء عن الغير ، أن يطلب من المشتري إثبات قبول هذا الغير للصفقة ، قبولاً سابقاً أو قبولاً لاحقاً . فإذا لم يستطع المشتري إثبات ذلك ، فإن تقريره بالشراء للغير لا ينتج أثراً ، وتقع الصفقة له هو لا للغير (٢) .

وإذا قرر المشتري أنه اشترى لشخص معين على النحو المتقدم الذكر ، وجب أن تقع الصفقة لهذا الشخص المعين بنفس الثمن وبنفس شروط البيع الذى تم . فان اختلف الثمن أو اختلفت الشروط ، كان التقرير بيعاً جديداً صادراً من المشتري للغير إذا قبله هذا ، ووجب دفع رسوم جديدة ، وتنتقل الملكية فيه

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٧٧ .

(٢) وإذا صدر قبول من الغير وكان هذا الغير ناقص الأهلية ، ولم تلحق الإجازة قبوله فأبطل ، وقعت الصفقة للمشتري الظاهر ، وهناك رأى مرجوح يذهب الى أن البيع نفسه يبطل (بلايزول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٢ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥) .

من المشتري إلى الغير مثقلة بجميع التكاليف الآتية من جانب المشتري (١).

وقد يعلن المشتري ، لاشخصاً واحداً تقع له الصفقة ، بل شخصين أو أكثر ، فتقع الصفقة لهؤلاء الأشخاص المتعددين (٢). وقد يستثنى جزءاً من الصفقة لنفسه ، ويعلن اسم شخص آخر يقع له الباقي من الصفقة (٣).

٩٨ - حكم البيع بمر التفريغ بالشراء من الغير : فإذا قرر المشتري أنه اشترى للغير ، وقعت الصفقة لهذا الغير كما سبق القول ، واعتبر أنه هو المشتري مباشرة من البائع ، وأن المشتري الظاهر لم يكن إلا وكيلاً عنه (٤)، ولا تنقضي إلا رسوم واحدة إذ لا يوجد إلا بيع واحد .

ومن ثم يكون للشخص الذي أعلن اسمه جميع حقوق المشتري بطالب بها البائع مباشرة ، لأنه اشترى منه عن طريق نائب عنه هو المشتري الظاهر . ويجوز للمشتري الحقيقي أن يطالب البائع بنقل ملكية المبيع إليه ويتسلمه إياه ، ويرجع عليه مباشرة بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية وبجميع الحقوق التي تكون للبائع بموجب هذا البيع الذي أبرم بين البائع والمشتري الظاهر .

كذلك يكون على الشخص الذي أعلن اسمه جميع التزامات المشتري

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ - بلانيول وريبير وعامل : فقرة ١١٤ ص ٢٥٤ .
(٢) ولكل من هؤلاء الأشخاص المتعددين الحصة التي أعلنها المشتري ، فإذا لم يعلن هذا حصة كل منهم فالمفروض أن حصصهم متساوية . ويشترط في ذلك ألا يختلف الثمن أو الشروط كما قدمنا ، فإذا أعلن المشتري أن كلا من الأشخاص المتعددين يتحمل جزءاً معيناً من الثمن ، وجب أن يكون مجموع ما يدفعونه جميعاً معادلاً للثمن الأصلي دون زيادة أو نقصان ، وإلا اعتبر التقرير بيعاً جديداً كما سبق القول (بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ - ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤) .

(٣) فإذا أعلن المشتري مثلاً أنه اشترى المبيع نصفه لنفسه ونصفه لشخص آخر ، انقسم الثمن عليهما مناصفة ، واعتبر كل منهما مشترياً للنصف من البائع مباشرة (بودرى وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧٢) .

ويجوز لمن تقدم شراء أن يتقاضى من اشترى له أجرة من الخدمة التي أعدها إياه ، والمقاضي الذابت من أن هذه الأجرة ليست في حقيقتها زيادة في الثمن (اصل (بلانيول وريبير وهدس ١٠ فقرة ٢١٤ ص ٢٥٤ - الأستاذ محمد كمال مرسى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥) .

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٣٣٠ .

فللبائع أن يطالبه مباشرة بالثمن والفوائد والمصروفات . وليس للبائع أن يرجع على المشتري الظاهر بشيء من ذلك . وإذا كان المشتري الظاهر قد دفع عند التعاقد الثمن للبائع ، كان على المشتري الحقيقي أن يردده للمشتري الظاهر ، ولكن دون أن يكون للمشتري الظاهر حق امتياز على المبيع ، فإنه يرجع على المشتري الحقيقي بالثمن إما بدعوى الوكالة إذا كان متفقاً معه على أن يدفع الثمن عنه ، وإما بدعوى الإثراء بلا سبب إذا لم يكن متفقاً معه على ذلك . وليس هو بائعاً للمشتري حتى يكون له امتياز بالثمن ، فقد قدمنا أن المشتري الحقيقي يعتبر مشترياً مباشرة من البائع دون توسط المشتري الظاهر الذي لم يكن في هذا البيع إلا نائباً عنه . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري الظاهر يلتزم شخصياً بدفع الثمن للبائع ، ويعتبر في هذه الحالة كفيلاً للمشتري بالثمن . ولا تعارض بين صفته هذه ككفيل وصفته كنائب في الشراء ، فإن الوكيل بالشراء قد يكون كفيلاً بالثمن للموكل (١) .

ويتربى على أن البيع يعتبر صادراً مباشرة من البائع إلى المشتري الحقيقي وأن المشتري الظاهر يعتبر وكيلاً بالشراء عن المشتري الحقيقي ، أنه إذا أخذ أحد دائي المشتري الظاهر اختصاصاً على العقار المبيع في المدة السابقة على التقرير بالشراء ، سقط حق الاختصاص هذا لوقوعه على عقار غير مملوك للمدين (٢) . أما إذا رتب المشتري الظاهر بنفسه على المبيع حقوقاً عينية أو تكاليف ، كرهن أو حق ارتفاق أو حق انتفاع ، فقد قدمنا أن هذا يعتبر منه زولاً ضمناً عن حقه في التقرير بالشراء عن الغير فتستقر الصفقة له . وإذا أخذ شفيع العقار المبيع بالشفعة ، لم يؤثر في الأخذ بالشفعة أن تستقر الصفقة للمشتري الظاهر أو أن يقرر هذا أنه اشترى لشخص آخر ، ففي الحالتين تصح الشفعة لأن العبرة فيها بالعقار المشفوع فيه ولا يعتد بشخص المشتري (٣) .

(١) بودرى وسينيا فترة ١٧٩ ص ١٧٢ وفقرة ١٨١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٤ ص ٢٥٣ .

(٢) بودرى وسينيا فترة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٤ ص ٢٥٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في الحكم السابق الإشارة إليه بأن الشفعة في للعقار المبيع بشرط اختبار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيوع ، تكلها ونحوها أحكام الشفعة . وحاصل =

٩٩ - صورة خاصة - تقرير الراسى عليه المزااد السراء عن الغير:

وتوجد صورة خاصة للبيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، أوردها تقنين المرافعات فى المادة ٦٧٠ منه على الوجه الآتى : ويجوز للرأسى عليه المزااد أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، قبل انقضاء ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع ، أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، إذا وافقه على ذلك كمن الموكل والكفيل عند الاقتضاء ، وبهذا يبرأ الوكيل وتعتبر كسالة عن الموكل (١) . وهذه الصورة تتميز بالخصوصيات الآتية :

١ - ليس واجباً فيها أن يشترط من يتقدم للمزايدة أنه يشترى مع الاحتفاظ

== ما اتفق عليه الرأى فى أحكام البيع على شرط اختيار معين أو عند البيع بطل قائم نافذ أو حق المشتري الظاهر إلى أن يعمل حقه فى اختيار الغير . وإذا كان إعمال هذا الاختيار يستند شراء من يختاره إلى عقد البيع الأول ومن تاريخ انعقاده فيرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة فى عقد البيع المذكور ، فإنه يكسبه أيضاً حقوقاً قبل المشتري الظاهر إذ يحل محله فى بيع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتي كانت تظل متعلقة به لو أنه لم يعمل حقه ولا اختياراً . ولما كان مقررأ بالمادة ١٢ من قانون الشفعة (السابق) أن الشفع لا يحتاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة ، فإنه إذا كان إنذار الشفعة قد سجل قبل الإنذار للمعلن للشفع الذى ثبت به تاريخ الاتفاق الذى عقد بين المشتري الأول وبين من أدخلهم معه فى الشراء والذى قابل فيه هذا المشتري أنه تنازل لهم عن بعض الثمار المنسح له وهو ما يعتبرونه إعمالاً لحق اختيار الغير ، كان الحكم الذى يقضى بعدم جواز الاحتجاج على الشفع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء ، وبالتالي عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون ، حكماً قائماً على أساس قانونى صحيح لا يؤثر فى صحته ما ذكرناه قد اعنوره من تقارير أخرى مخالفة للقانون . والمفاضلة فى حق الشفعة بين المشتريين الذين أدخلهم المشفوع منه بحق اختيار الغير وبين من شفع منه لا تجوز ، إذ الحقوق التى آلت إليهم بأعمال المشفوع منه لحق اختيار الغير بعد تسجيل إنذار الشفعة لا تسرى على الشفع . فلا يحتاج الشفع بشرائهم ، ولا يعتبرون بالنسبة إليه مشتريين مشفوعاً منهم بحق لهم دفع دعواه بأنهم أولى منه بالشفعة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٢١٢) .

(١) وقد كاتس المادة ٥٧٦/٦٥٨ من تقنين المرافعات السابق تنص على أنه « يجوز للمشتري أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، فى اليوم التالى ليوم البيع (فى التقنين المخطط فى ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع) ، أنه اشترى بطريق التوكيل عن شخص معين . إذا صدر على ذلك كمن الموكل والكفيل ، وبذلك يخلص سبيله وتعتبر الكفانة عن الموكل » .

هذا ويشترط أن يكون الموكل من الأشخاص الممنوعين من انشاء سريادة ، حتى لا يكون هناك تحايل على القانون (الأستاذ رمزى سيف فى التفتية فقرة ٤٣٠ - الأستاذ محمد كامل مرتضى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧) .

حقه في التقرير بالشراء عن الغير ، بل ولا يشترط أن يرد الاحتفاظ بهذا الحق في قائمة شروط البيع . ذلك أن هذا الحق يجعله القانون لكل راس عليه المزاو في بيع جبرى دون شرط خاص بذلك .

٢ - امددة التي يجب فيها التقرير بالشراء عن الغير محددة في القانون ، وهى ثلاثة أيام من يوم وقوع البيع ورسو المزاو على المشتري .

٣ - التقرير بالشراء عن الغير له شكل خاص بينه القانون ، فيكون بتقرير في قلم كتاب المحكمة ، ومن ثم لا يجوز أن يكون باخطار ولو مكتوب أو مسجل أو على يد محضر ، فالـم يكن بتقرير في قلم كتاب المحكمة فانه لا ينتج أثراً .

فاذا روعيت هذه الخصوصيات الثلاث ، سرت على الصورة التي نحن بصدددها الأحكام الأخرى التي قلعتها . فاذا لم يقرر الراسى عليه المزاو في قلم كتاب المحكمة في الثلاثة الأيام التالية لرسو المزاو أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، وقعت الصفقة له على وجه بات . أما إذا قرر ذلك ، ووافقه على تقريره الموكل - وإذا كان للرأسى عليه المزاو كفيل وجب أيضاً أن يقبل الكفيل كفالته للموكل فتسقط كدالته للتوكيل - اعتبر الموكل هو الرأسى عليه المزاو وأن من رسا عليه المزاو فعلا لم يكن إلا وكيلاً عنه . ووقعت الصفقة مباشرة للموكل دون الوكيل ، وأصبح للأول دون الثاني كل حقوق الرأسى عليه المزاو ، وعليه كل التزاماته .

الفرع الثاني

المحل في عقد البيع

١٠٠ - للبيع محموره : المحل في واقع الأمر ركن في الإلزام لاني

العقد . ولما كان البيع عقداً ملزماً للجانبين ، فانه ينشئ التزامات في جانب البائع محبوا هو المبيع ، وينشئ التزامات مقابلة في جانب المشتري محلها الرئيسي هو الثمن (١) ، لذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما المبيع والثمن .

(١) وقد يكون محل التزامات المشتري غير الثمن ، فالمشتري ملزم أيضاً بدفع مصروفات البيع وينسب المبيع ، فحل الأول هو المصروفات ، ومحل الإلزام الثاني هو المبيع .

المبحث الأول

المبيع

١٠١ - الشروط الواجب توافرها في المبيع : يجب أن يتوافر في المبيع (١) الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام ، وهي أن يكون المبيع موجوداً ، ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، وصالحاً للتعامل فيه . ويضرب إلى هذه الشروط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع .

فتبحث إذن (١) وجود المبيع (٢) تعيين المبيع (٣) صلاحية المبيع للتعامل فيه (٤) ملكية البائع للمبيع .

المطلب الأول

وجود المبيع

١٠٢ - معنى الوجود : قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن المحل يجب أن يكون موجوداً ، والمعنى المقصود بالوجود هو أن يكون المبيع موجوداً وقت انعقاد البيع أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك . فإذا كان المبيع

(١) أصح ليس هو الشيء ذاته ، بل هو الحق فيه . فدفع الدار أي يباع حق الملكية في الدار ، وقد يباع حق ارتفاق على الدار أو حق انتفاع فيها . على أن المؤلف ، إذا كان المبيع هو حق الملكية في الدار ، أن يقال تباع الدار دون أن يذكر حق الملكية . فإذا كان المبيع حقاً دون حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق شخصي ، ذكر الحق أدبياً بالذات . وقد يكون المسع حقاً مضموناً ، كحق المؤلف ، وتضمن المادة ٨٦ مدني على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . وقد صدرت عدة قوانين خاصة تتعلق بحقوق المؤلف والبراءات والاسم التجاري ونحو ذلك .

غير موجود أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل ، فالبيع باطل (١) . وإذا وجد المبيع ثم هلك قبل البيع ، فالبيع يكون أبضاً باطلاً . أما إذا كان المبيع موجوداً وقت البيع ولكنه هلك قبل التسليم ، فالبيع يفسخ على التفصيل الذي سنورده في مكانه .

وقد يقصد المتبايعان أن يقع البيع على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . ففي هذه الحالة إذا كان المبيع غير موجود وقت البيع ، حتى لو أمكن وجوده في المستقبل ، كان البيع باطلاً . فإذا لم يقصد المتبايعان أن يتبايعا شيئاً موجوداً فعلاً وقت البيع ، جاز كما قدمنا أن يقع البيع على شيء يوجد في المستقبل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدني على أنه : يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (٢) ، فيجوز بيع الأشياء المستقبلية ، كالمحصولات قبل أن تثبت ، بشئ مقدّر بسعر الوحدة أو مقدّر جزاء (٣) . ويصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبل محتمل الوجود ، كما إذا باع شخص نتاج ماشية ، فالتنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا

(١) ومن ذلك بيع أسهم الشركات الباطلة ، فوسى أسهم لوجودها ويكون بيعها باطلاً . وكذلك أسهم الشركات التي يحكم بطلانها ، فهي بعد الحكم بالبطلان تعتبر غير موجودة منذ البداية ، فسمها باطل . وهناك رأي يذهب إلى أن الشركة الباطلة هي شركة واقعية ، فلا سببها وجود فعل ، وبيعها صحيح ، ولكن يرجع المشتري على البائع بفعل العيب الخفي ، وهذا ما لم يحكم ببطلان الشركة لانعدام محلها أو لعدم مشروعيتها (دى باج : ٤ فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٦٣) . وهذا الرأي الأخير أخذ القضاء الفرنسي (يبدان ١١ فقرة ٧٦) .

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢١٦ .

(٣) وقد كان التقنين المدني المختلط (م ٣٣٠) يحرم بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته ، ولم يرد في التقنين المدني الوطني السابق نص مماثل فكان بيع المحصولات المستقبلية جائزاً ولو بشئ مقدّر جزاءً . وجاء التقنين المدني الجديد (م ١٣١) مؤيداً للتقنين المدني الوطني السابق ، يميز بيع المحصولات المستقبلية . وقد قضت محكمة النقض بأن بيع المحاصيل المستقبلية قبل نباتها في ظل القانون المدني القديم صحيح ، وذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء بالقانون المدني المختلط (م ٣٣٠) . وقد قضى القانون المدني الجديد في المادة ١٣١ منه على ما كان من خلاف في هذا الشأن بين القانونيين الوطني والمختلط (نقض مدني ٣٠ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض : رقم ١٤٦ ص ٩٦٣) .

مطلقاً على شرط واقف يتحقق إذا وجد التاج (١).

وبيع الشيء المستقبلي كثير الوقوع في التعامل ، فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقداراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل نباتها ، كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . ويبيع مقاول الحق الذي له في مقابلة لم ترس عليه بعد . فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبلي ، وهي صحيحة . وهذا يقرب من بيع السلم المعروف في الفقه الإسلامي .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبلي ، كما فعل عندما حرم رهن المال المستقبلي رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . وقد يحرم جميع ضروب التعامل في شيء خاص من المال المستقبلي ، كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلة (٢) .

وقد يقيد التابع في شيء محتمل الوجود ، كما فعل في بيع الحقوق المتنازع فيها ، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد ، ومن ثم وضع المشرع قيوداً على بيعها .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الأشياء المستقبلة نوعان . الأول : بحاراف به المشتري في وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى بيع الغرر : كبيع أوراق البانصيب أو بيع المباد ضربة شباكته . والثاني : يجازف فيه المشتري في قدر المبيع وكيفية فقط ، كشرائه الفحم الذي ينتج من فاطرات السلك الحديدية في مدة مستغلة ومنطقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينفذ منجزاً ، ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وحده المبيع أو لم يوجد . وحكم النوع الثاني أن يكون مطلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل مهما كان مقداره . ويشترط في النوعين أن يكون وجود المبيع أو عدم وجوده متروكاً رهن ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها (استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٨١) . وقضت أيضاً بأن البيع بسمر الوحدة ليس احتيالياً ، لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٧) .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٢١٧ . ويستر تعاملاً في تركة مستقبلة أن يعلن الوارث حوالة ما للتركة من دين في يوم وفاة المورث بالذات ، إذ ثبت أن الحوالة كانت معدة ومفضة قبل وفاته ولا ينقصها إلا التاويخ (أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *cession de droits successoraux* فقرة ٣٩) .

ونستقي للبحث من كل هذا مسألتين : (١) بيع الحقوق المتنازع فيها
(٢) البيع المعروف في الفقه الإسلامي بالسلم .

١٥ - بيع الحقوق المتنازع فيها

١٠٣ - التمييز بين حالتين - الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود ،
وهو بهذا الوصف يجوز بيعه . والبيع يصبح في هذه الحالة عقداً احتمالياً
(*contrat aléatoire*) ، فان ثبت الحق المبيع للبائع انتقل المشتري بعقد البيع ،
وإن لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشتري . فالمشتري الذي يقدم على
شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن .

ويجب ، في بيع الحق المتنازع فيه ، أن نميز بين حالتين : (١) بيع الحق
لغير عمال القضاء (٢) بيعه لعمال القضاء . ولكل من الحالتين حكم يختلف عن
حكم الحالة الأخرى .

١ - بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء

حق الاسترداد (*retrait litigieux*)

١٠٤ - النصوص القانونية - تنص المادة ٤٦٩ من التقنين المدني
على ما يأتي :

١ - إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص
آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن
الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع .

٢ - ويعتبر الحق متنازلاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام
في شأنه نزاع جدي .

وتنص المادة ٤٧٠ على ما يأتي :

ولا تسري أحكام المادة السابقة على ما يأتي :

مطلقاً على شرط واقف يتحقق إذا وجد التاج (١) .

وبيع الشيء المستقبل كثير الوقوع في التعامل ، فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقداراً معيناً من مصنوعاته دون أن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل نباتها ، كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأ . ويبيع مقاول الحق الذي له في مقاوله لم ترس عليه بعد . فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهي صحيحة . وهذا يترب من بيع السلم المعروف في الفقه الإسلامي .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما حرم رهن المال المستقبل رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . وقد يحرم جميع ضروب التعامل في شيء خاص من المال المستقبل ، كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلية (٢) .

وقد يقيد التباعد في شيء محتمل الوجود ، كما فعل في بيع الحقوق المتنازع فيها ، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد ، ومن ثم وضع المشرع قيوداً على بيعها .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الأشياء المستقبلية نوعان . الأول يحازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى بيع الغرر : كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصيد ضربة شبكته . والثاني يحازف فيه المشتري في قدر المبيع وكنته فقط ، كسواء اللحم الذي ينتج من فاطرات السلك الحديدية في مدة مستقبلية ومطقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينفذ منجزاً ، ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وجد المبيع أو لم يوجد . وحكم النوع الثاني أن يكون مطلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل مهما كان مقداره . ويشترط في النوعين أن يكون وجود المبيع أو عدم وجوده متروكاً رهن ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها (استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٨١) . وقضت أيضاً بأن البيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً ، لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٧) .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٢١٧ . ويحظر تعاملاً في تركة مستقبلية أن يملن الوارث حوالة ما للتركة من ديون في يوم وفاة المورث بالذات ، إذا ثبت أن الحوالة كانت مدعة ومغضاة قبل وفاته ولا ينقصها إلا التاويخ (أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *cession de droits successoraux* فقرة ٣٩) .

ونستقي للبحث من كل هذا مسألتين : (١) بيع الحقوق المتنازع فيها
(٢) البيع المعروف في الفقه الإسلامى بالسلم .

١٥ - بيع الحقوق المتنازع فيها

١٠٣ - التمييز بين حالتين - الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود ،
وهو بهذا الوصف يجوز بيعه . والبيع يصبح في هذه الحالة عقداً احتمالياً
(*contrat aléatoire*) ، فان ثبت الحق المبيع للبائع انتقل المشتري بعقد البيع ،
وإن لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشتري . فالمشتري الذى يقدم على
شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن .

ويجب ، في بيع الحق المتنازع فيه ، أن نميز بين حالتين : (١) بيع الحق
لغير عمال القضاء (٢) بيعه لعمال القضاء . ولكل من الحالتين حكم يختلف عن
حكم الحالة الأخرى .

١ - بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء

حق الاسترداد (*retrait litigieux*)

١٠٤ - النصوص القانونية - تنص المادة ٤٦٩ من التفتين المدنى
على ما يأتى :

١ - إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص
آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن
الحقيقى الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع .

٢ - ويعتبر الحق متنازعا فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام
في شأنه نزاع جدى .

وتنص المادة ٤٧٠ على ما يأتى :

٣ - سرى أحكام المادة السابقة على ما يأتى :

« (أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزئياً
بشئ واحد » .

« (ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم
نصيبه من الآخر » .

« (ج) إذا نزل المدين للدائن من حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق في ذمته »

« (د) إذا كان الحق المتنازع فيه يشتمل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار » (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين الملتقى السابق المواد ٣٥٣ - ٣٥٥ /
٤٤١ - ٤٤٣ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٩ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٥ من المشروع التمهيدى بفروق لفظية . وفي
لجنة المراجعة زالت هذه الفروق ، وأضيف لفظ « بمقابل » بدعابة « وقد نزل عنه صاحبه »
لإخراج حالات التبرع من نطاق الحكم ، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٦ في المشروع النهائي .
ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤
ص ١٩٥ - ١٩٧) .

م ٤٧٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٦ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع
ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، هذا فروعاً لفظية طفيفة زالت في لجنة المراجعة ،
وأصبحت المادة رقمها ٤٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ
تحت رقم ٤٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٨ - ١٩٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٥٣ - ٤٤١ : إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو مجرد
حق ، فلا يكون مسؤولاً عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق .

م ٤٤٢/٣٥٤ : إذا بيع مجرد دعوى بدين أو بحق على الوجه المبين في المادة السابقة ، أو
كان أصل الدين متنازعا فيه ، جاز للمدين أن يتخلص من الدين المبيع بنفسه للمشتري الثمن
الحقيق الذي اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة .

م ٤٤٣/٣٥٥ : ولا تتبع هذه القاعدة في حالة ما إذا باع أحد الورثة نصيبه في التركة إلى
شريكه ، أو باع أحد الشركاء نصيبه في الدين إلى شريكه ، أو أسقط المدين لدائنه شيئاً في مقابلة
دينه ، أو اشترى شيئاً متنازعا فيه من أجل حصول دعوى .

وأحكام التقنين السابق تنطق مع أحكام التقنين الجديد ، إلا أن التقنين السابق كان على قدر
من الضمور في إيراد الحالة الأخيرة من الحالات الاستثنائية ، ولم يورد أصلاً الحالة الأولى من
هذه الحالات وهي حالة بيع الحق المتنازع فيه إذا كان داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزئياً
بشئ واحد ، وهو بعد ذلك يوم من سياق عبارته أن الحق المتنازع فيه لا يكون إلا حقاً
شخصياً : انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤٣٧ - ٤٣٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٥٨ - ٤٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٩٣ - ٥٩٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨١/١١٢ .

وبخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن بيع الحق المتنازع ينقل الحق كما هو - متنازعا فيه - إلى المشتري . والمشتري هو الذي يتحمل تبعه مصير النزاع في شأن الحق ، فاما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشتري كخلف له . وإما ألا يثبت فلا ينتقل إلى المشتري شيء كما سبق القول . فالبائع إذا باع حقاً متنازعا فيه لا يضمن للمشتري وجود هذا الحق (٢) ، وإنما هو يبيع مجرد إدعاء . ومن ثم يراعى في تقدير ثمن هذا الادعاء أن يكون متناسباً مع قوته ، فيكثر أو يقل تبعاً لقوة الادعاء أو ضعفه . وهو على كل حال يكون دون قيمة الحق ذاته إذ لا بد أن المشتري يدخل في حسابه احتمال الخسارة فينزل من قيمة الحق ما يقابل هذا الاحتمال . لذلك كان المشتري لحن متد - مضارباً يأمل الكسب .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني الليبي م ٤٣٧ - ٤٣٨ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا أن المادة ٤٣٨ سوري لم توجد الحالة الأخيرة من الحالات الاستثنائية : أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٩) .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٨ - ٤٥٩ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٩٣ - ٥٩٤ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدني المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٥٤ - فقرة ٣٦١ - أستاذ عباس حسن الصواف ص ٦٠٥ - ص ٦٢٥) .

تنشئ الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٢٨١ : يصبح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس في شأنه بشرط أن يرضى المديون الذي تفرغ الدائن عن دينه . وتبقى مقاعيل هذا التفرغ - سعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ . على أنه لا يمكن التخلص من التفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع عليها ، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له في ملك أو دائناً له .

(والتقنين اللبناني أقرب إلى التقنين الفرنسي منه إلى التقنين المصري) .

(٢) نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٦ ص ٥١٧ .

فواجه القديون هذا الوضع بما يلائمه، وأحرز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشتري بدفع الثمن - وهو كما قدمنا أقل من قيمة الحق - مع المصروفات والتوائد. أما في الحالات الاستثنائية التي تنفي فيها فكرة المضاربة، فقد منع القانون حق الاسترداد (١).

فنبعث إذن : (١) متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه (٢) وكيف يكون الاسترداد (٣) والآثار التي تترتب على الاسترداد (٤) والحالات الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد.

١٠٥ - متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه : ويؤخذ من نص

المادة ٤٦٩ مدني أنه يجب توافر شرطين حتى يجوز الاسترداد : (١) أن يكون الحق المسترد حقاً متنازِعاً فيه (٢) وأن يكون قد نزل عنه صاحبه بمقابل.

فيجب أولاً أن يكون الحق المسترد حقاً متنازِعاً فيه . وتقول الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ مدني إنه « يعتبر الحق متنازِعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي » . فليس من الضروري إذن أن تكون هناك دعوى مرفوعة بالحق حتى يكون الحق متنازِعاً فيه، وبكفي أن يقوم في شأنه

(١) ويذهب بودري وسينيا إلى أن فكرة المضاربة لا تكن وحدها لتبرير حق الاسترداد من المضارب ، فالمضاربة ليست في ذاتها شراً محضاً حتى ينتصب القانون لمخاربتها . وإذا كانت المضاربة في بعض الحالات تنطوي على استغلال وتعسف، فهي في حالات أخرى ينتج عنها الخير . إذ يقع أن صاحب الحق المتنازع فيه لا يكون عنده من الوسائل ما يحصل به على حقه فبيده لمن مر أقدر منه على ذلك ، فيصل إلى الكثير من حقه وكان يفقده لولا هذه المضاربة . وإنما يبرر حق الاسترداد مصلحة اجتماعية أعلى من الضرب على أيدي المراءين ، هي وضع حد للنزاعات والنزاعيات . فإن الحق المتنازع فيه إذا استرده المدين عن اشتراء فقد وضع بذلك حداً للنزاع وحسم الخصومة ، ولم يحم المشتري شيئاً فقد استرد مادفنه ، والقانون يشد دائماً فمض المنازعات أو تقليلها بقدر الإمكان (بودري وسينيا فقرة ٩١٤ ص ٩٣٤) .

وإذا استرد المدين الحق المتنازع فيه بدفع ثمنه للمشتري ، فإن الأمر يؤول إلى وضع شبه بما إذا تصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغاً أكبر من قيمة الحق ، وهذا المبلغ هو الذي ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه . فكأن المدين دفع لصاحب الحق - يملكه المشتري خلفه - الغيمة التي ارتضاها صاحب الحق نفسه، وذلك لفض النزاع . فالأمر في صورة استرداد ، وفي حقيقته ضرب من الصلح .

نزاع جدى (١). وليس من الضروري أيضاً أن يكون الحق الذى رفعت به دعوى يكون حقاً متنازعا فيه ، فقد لا يمس النزاع فى الدعوى موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية فى الإجراءات كعدم صحة الإعلان أو عدم توافر الصفة أو نحو ذلك (٢)، والحق حتى يكون متنازعا فيه يجب أن يقوم النزاع فى موضوعه بالذات (٣). وقد ترفع بالحق دعوى تنتهى إلى حكم ابتدائى ، فإدام الحكم غير نهائى يبقى الحق متنازعا فيه ، لا فحسب إذا طعن فى الحكم

(١) وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً فى عهد التقنين المدنى السابق ، إذ كان هناك رأى يذهب إلى أن الحق لا يكون متنازعا فيه إلا إذا رفعت به دعوى ، وفى فرنسا نص التقنين المدنى (م ١٧٠٠) يجعل هذا المعنى متيناً . أما نص التقنين المدنى المصرى الجديد فصريح فى المعنى العكسى (المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) . أما من حيث تحريم شراء الحق المتنازع فيه هل محال القضاء ، فى فرنسا (م ١٥٩٧ مدنى فرنسى) كما فى مصر يكن أن يقوم فى الحق نزاع جدى ولو لم ترفع به دعوى (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٣) . ولا يكون الحق متنازعا فيه إذا لم يتم فى موضوعه نزاع جدى ، حتى لو رفعت به بعد ذلك دعوى لم تكن منتظرة (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٥) — وصحوبة التنفيذ بالحق لا تجعله متنازعا فيه . أما النزاع فى مرتبة الحق فبجمل له هذا الوصف (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٥ - بودرى وسينيا فقرة ٢٦٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٥) - والنزاع فى تأمينات الحق لا يجعله حقاً متنازعا فيه إلا إذا كان هذا النزاع من شأنه أن يجعل الحق غير مستطاع التنفيذ ، وكذلك النزاع فى براءة اختراع لا يجعل الماخر متنازعا فيه إلا إذا كانت هذه البراءة هى المنصر الجوهري فى التجز (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣) .

ومعرفة ما إذا كان هناك نزاع جدى فى موضوع الحق مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ، ولا منقب عليه فى ذلك من محكمة النقض (المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعا فيه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ مدنى (قديم) ، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع فيها أن يكون قائماً بشأنه ، وقت التنازل عنه ، خصوصاً أمام القضاء وأن يكون النزاع فيها متصباً على أصل الحق (le fond de droit) ، أى متعلقاً بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو للمقروط بمضى المدة . فكل المرافيل التى تترض السداد بفعل المدين ، كالتفريط بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة للمدعى ، لا يعتبر معها الدين متنازعا فيه ، لأنها غير متعلقة بأصله (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٢١٧) .

(٣) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣١ — والنزاع يقوم فى موضوع الحق إذا تعلق بوجوده أو بانتفضائه أو بمده أو بمقداره ، أو إذا دفع الحق بدفع موضوعى ، أى إلى رفضه نهائياً كالدفع بالتقادم (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٨ - ص ١٧٩ — بودرى وسينيا فقرة ٩٢٢) .

الاستدائي بطريق من طرق الطعن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف ، بل أيضاً طول المدة التي بظال فيها باب هذا الطعن الاعتيادي مفتوحاً ولو لم يظن في الحكم بالفعل . أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انحصم النزاع في الحق وأصبح حقاً غير متنازع فيه ، فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائي يمكن أن يظن فيه بطريق غير اعتيادي كالتقص والنقض وإعادة النظر ، وحتى لو كان باب الطعن غير الاعتيادي لا يزال مفتوحاً . أما إذا طعن بالفعل في الحكم النهائي بظن غير اعتيادي ، فإن الحكم يعود في هذه الحالة حقاً متنازعاً فيه ، ويجوز فيه الاسترداد (١) . ويجب أن يكون الحق متنازعاً فيه على النحو الذي أسلفناه في اليوم الذي ينزل فيه عنه صاحبه إلى الغير ، فلو بدأ الحق متنازعاً فيه ثم انحصم النزاع فزُل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجوز الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجوز الاسترداد كذلك (٢) . ويستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، منقولاً أو عقاراً . فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدعى حق ادعائه فيه إلى أجنبي ، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حتى المدعى برده له الثمن والمصروفات والقوائد . أما إذا كان البائع هو المدعى عليه حائز العقار ، فهناك خلاف في الرأي . فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يجوز للمدعى حق الاسترداد ، لأن الحكمة متوافرة في حالته كما توافرت في حالة المدعى عليه . ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدعى حق الاسترداد ، إذ هو الذي أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توكلاً لخصومة هو المتسبب فيها (٣) .

(١) حكمة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص ٣٧١ — أوبري ورو ٥
فقرة ٣٥٩ مكررة رابماً ص ١٨٠ — بودري وسينيا فقرة ٢٦٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣١٩ ص ٤٠١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٧٨ .

(٢) والعبرة في حوالة الحق المتنازع فيه بقيام النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت إعلانه
المدين (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابماً هامش رقم ١٦ — بودري وسينيا فقرة ٩١٧ —
بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠) . وإذا قبل المدين حوالة حق ينزع فيه وكان قبله
دون تحفظ ، لم يجوز له الاسترداد .

(٣) أنظر من الرأي الأول جيوار ٢ فقرة ٨٩٣ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابماً
هامش رقم ١٥ — بلانيول وريبير هامش ١٠ فقرة ٣١٨ — الأستاذين أحمد نجيب الهلال =

والشرط الثانى أن يكون النزول عن الحق بمقابل . فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد ، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف التبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة (١). أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعوض ، فإن كان العوض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غابت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق (٢) . ولا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشتري . فإذا كان النزول عن الحق من طريق المفاضلة ، لم يجز الاسترداد ، لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العوض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العوض والقيمة لا تجزىء عن المثل (٣) . وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع (٤) ، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز

= وحامد زكى فقرة ٦٠٨ — وأنظر من للرأى الثانى بودرى وسينيا فقرة ٩٣٨ — الأستاذ أنور سلطان فقره ٤٢١ .

ويستوى في جواز حق الاسترداد أن يعلم المشتري بقيام النزاع في الحق أو لا يعلم ، إلا أنه إذا كان يعلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالضمان على البائع (قارن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - هذا إلى أنه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين إذا هو استعمل حق الاسترداد ، ولا يجوز أن يسترد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٢ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٣ - كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٨٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ - عكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ .

(٤) وإن كان هذا هو الغالب . ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائياً في المزاد (جيوار ٢ فقرة ٨٩١ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٧ وهامش رقم ١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٣٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ - وقارن كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ - وأنظر في عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر في قبض الحق من المدين في مقابل جزء من هذا الحق كولان وكايبثان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٦٤٥ .

الابتدائي بطريق من طرق الطعن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف ، بل أيضاً طول المدة التي يظل فيها باب هذا الصعن الاعتيادي مفتوحاً ولو لم يضمن في الحكم بالفعل . أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انحصم النزاع في الحز وأصبح حقاً غير متنازع فيه ، ولا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائي يمكن أن يضمن فيه بطريق غير اعتيادي كالنقض والتماس إعادة النظر ، وحتى لو كان باب الطعن غير الاعتيادي لا يزال مفتوحاً . أما إذا طعن بالفعل في الحكم النهائي بضمن غير اعتيادي ، فإن الحكم يعود في هذه الحالة حقاً متنازعا فيه ، ويجوز فيه الاسترداد (١) . ويجب أن يكون الحق متنازعا فيه على النحو الذي أسلفناه في اليوم الذي ينزل فيه عنه صاحبه إلى الغير ، فلو بدأ الحق متنازعا فيه ثم انحصم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجوز الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجوز الاسترداد كذلك (٢) . ويستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، منقولاً أو عقاراً . فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدعى حق ادعائه فيه إلى أجنبي ، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حتى المدعى برده له الثمن والمصروفات والفوائد . أما إذا كان البائع هو المدعى عليه حازر العقار ، فهناك خلاف في الرأي . فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يجوز للمدعى حق الاسترداد ، لأن الحكمة متوافرة في حالته كما توافرت في حالة المدعى عليه . ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدعى حق الاسترداد ، إذ هو الذي أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توكلاً لخصومة هو المتسبب فيها (٣) .

(١) محكمة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص ٣٧١ — أوبري ورو ٥
فقرة ٣٥٩ مكررة رابعا ص ١٨٠ — بودري وسينيا فقرة ٢٦٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣١٩ ص ٤٠١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٧٨ .

(٢) والمبرة في حوالة الحق المتنازع فيه بقيام النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت إملار
المدين (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا هامش رقم ١٦ — بودري وسينيا فقرة ٩١٧ —
بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠) . وإذا قبل المدين حوالة حق ينزع فيه وكان قبله
دون تحفظ ، لم يجوز له الاسترداد .

(٣) أفظر من للرأي الأول جيوار ٢ فقرة ٨٩٣ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا
هامش رقم ١٥ — بلانيول وريبير هامش ١٠ فقرة ٣١٨ — الأستاذين أحمد نجيب اللال =

والشرط الثاني أن يكون النزول عن الحق بمقابل . فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد ، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة (١) . أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعرض ، فإن كان العرض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غابت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق (٢) . ولا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المرد من أن يدفع مثلها للمشتري . فإذا كان النزول عن الحق من طريق المفاضلة ، لم يجز الاسترداد ، لأن المرد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العرض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العرض والقيمة لا تجزىء عن المثل (٣) . وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع (٤) ، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز

= وحامد زكي فقرة ٩٠٨ — وانظر من للرأى الثاني بودرى وسينيا فقرة ٩٣٨ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢١ .

ويستوى في جواز حق الاسترداد أن يعلم المشتري بقيام النزاع في الحق أو لا يعلم ، إلا أنه إذا كان يعلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالضمأن عل البائع (قارن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - هذا إلى أنه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين إذا هو استعمل حق الاسترداد ، ولا يجوز أن يتردد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٣٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٢ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٣ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٩ - عكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ .

(٤) وإن كان هذا هو الغالب . ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائياً في المزارع (جوار ٢ فقرة ٨٩١ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٧ وهامش رقم ١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٣٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ - وقارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٤٠٩ - وأنظر في عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر في قبض الحق من المدين في مقابل جزء من هذا الحق كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٦٤٥ .

الاسترداد . مثل ذلك أن يكون هناك حق بين شخصين من منهما يدعى أنه له ، ثم إن هذا الحق نفسه يتنازع فيه المدين ، فلو أن صاحب الحق المتنازع اصطحب فاعطى أحدهما الآخر مبلغاً من النقود حتى ينزل له عن ادعائه . فإن المدين يستطيع أن يسترد حقوق هذا الآخر برده المبلغ للأول ، ولكن يبقى الأول على ادعائه فهو لم يحضر على شيء في مثالبه (١) . كذلك إذا كان صاحب الحق المتنازع فيه في ذمته مبلغ من النقود لدائن ، فوفاه الدين بالحق المتنازع فيه . جاز للمدين في الحق المتنازع فيه أن يسترد الحق من الدائن بأن يرد له الدين الذي كان له في ذمة صاحب الحق . وإذا باع صاحب الحق المتنازع فيه حقه هذا مع أموال أخرى بمن واحد ، جاز للمدين أن يسترد الحق المتنازع فيه بحصته من الثمن (٢) .

١٠٦ - كيف يكون الاسترداد : يتم الاسترداد باجتماع أمرين :
(١) إعلان المدين إرادته في الاسترداد (٢) ورده للمشتري الثمن الحقيقي وفوائده والمصروفات .

ويعلن المدين (٣) إرادته في الاسترداد دون حاجة إلى شكل خاص . فإذا

(١) بودرى ومينيا فقرة ٩٣٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ - والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٧١ هامش رقم ٤ - والأستاذين أحمد نجيب الحلالي وحامد زكي ص ٦٢٠ هامش رقم ٤ .
ويمكن إبراد مثل آخر للصلح على النحر الآتي : دائن بألف وله مدينتان متضامتان يتنازعه في الدين ، فاصطاح مع أحدهما على ثمانمائة وتقاضاها منه . فإذا رجع المدين الذي وفي الدائن على المدين الآخر ، كان لهذا المدين الآخر أن يسترد حصته في الدين - وهي خمسمائة - بما يقابلها في مبلغ الصلح بأربعمائة . وقد وصل للتقنين المدني الجديد إلى هذه النتيجة عن طريق آخر ، فيجعل للمدين المتضامن الآخر أن يستفيد من الصلح ، إذ نص في المادة ٢٩٤ منه على أنه " إذا تساليم الدائن مع أحد المدينين المتضامتين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو إبراء اللزمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقيون " .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .

(٣) وإذا كان هناك مدينون متضامنون متعددون ، جاز لكل منهم أن يستعمل حق الاسترداد ، ويرجع على الباقيين كل بقدر حصته (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٤٠٣) - ويجوز لخلف المدين ، كالوارث ، أن يستعمل حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١) . ويجوز لدائن المدين أن يستعمل باسمه حق الاسترداد .

كذلك هناك دعوى بالحق المتنازع فيه منظورة أمام المحاكم - بأن يكون الدائن قد رفع الدعوى بطالب المدين بالحق ودخل فيها المشتري خصماً أو رفعها المشتري ابتداء على المدين بطالبه بالحق الذي اشتراه - فالمدين يعلن إرادته في الاسترداد عن طريق طلبه في المحكمة من المشتري بالشكل العادي الذي تبدي به الطلبات في الخصومة . ويوجه الطلب إلى المشتري دون الدائن ، فالمشتري وحده هو الخصم في الاسترداد (١) . وإذا لم تكن الدعوى منظورة ، بأن لم ترفع دعوى أصلاً بالحق المتنازع فيه وإنما قام في موضوعه نزاع جدي ، أو رفعت الدعوى وصدر فيها حكم ، زال باب الطعن العادي مفتوحاً فيه ولكن لم يرفع الطعن فعلاً ، فطلب الاسترداد يكون باعلان المدين إرادته ، ويوجه هذا الإعلان إلى المشتري دون الدائن كما قدمنا ، ويحدث الإعلان أثره من وقت وصوله إلى علم المشتري وفقاً للقواعد العامة (٢) .

ويجب أن يرد المدين للمشتري رداً فعلياً - أو يعرض عرضاً حقيقياً - الثمن وفوائده عن وقت الدفع وسعروفات ، فإن طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا

(١) ولا يجوز أن يكون طلب الاسترداد طلباً احتياطياً ، بأن يطلب المدين طلباً أصلياً الحكم بعدم صحة الدين أو بانهضاته مثلاً وطلباً احتياطياً باسترداده من المشتري ، لأن الاسترداد على هذا النحو يكون استرداداً لحق غير متنازع فيه إذ هو لا يقوم إلا بعد تصفية النزاع وإقرار الدين قضاء . هذا إلى أن الطلب الاحتياطي ليس من شأنه أن يضع حداً للخصومة ، إذا هو لا يوجد إلا بعد القضاء فيها (استئناف مخطوط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٥٥ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٠ - بودري وسينيا فقرة ٩٤٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٥٤ مدني (قديم) لا تخول المدين أس في استرداد الدين المبيع بعرض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاملاً بصفة أصلية وبغير منازعة في أصل الدين رغبة في إنهاء الخصومة صلحاً على هذا الأساس (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٣١٧) .

ولو كان الحكم مما يجوز الطعن فيه بطريق عادي ، وقبل الحكم طلب المسترد الاسترداد بصفة احتياطية ، جاز له ذلك ، لأنه حتى بعد صدور الحكم يبقى الحق متنازحاً فيه (الأستاذ منصور مصطنق منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٢) .

(٢) وإذا نازع المشتري في صحة الاسترداد ، رفع الدين دعوى عليه يطلب فيها الحكم بصحة

إذا تم هذا الرد أو العرض (١). ذلك أن نص القانون (م ١/٤٦٩) مدنى صريح في أن المتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل الثمن الحقيقي الذى دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم البيع . ولأن استئصال من المطالبة بالحق المتنازل فيه لا يكون إلا من يوم الوفاء ، ووفاء لا يكون إلا بالدفع الفعلى أو العرض الحقيقي إذا لم يقبل المشتري الدفع فعلى أوتنازع في محله . والذي يجب أن يدفع فعلا أو يعرض عرضاً حقيقياً هو ما يأتى : (١) الثمن الحقيقي الذى دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه ، وأراد القانون بذكر لفظ الحقيقي ، التحرز من الثمن الصورى الذى قد يذكره المتبايعان في عقد البيع ، فيزيدان من الثمن الحقيقي حتى يمنعا المدين من الاسترداد أو يجعله الآسء داد أكثر كلفة . وللمدين أن يثبت بجميع الطرق أن الثمن المذكور وعند ليس هو الثمن الحقيقي ، وأن يقتصر على دفع الثمن الحقيقي أو عرضه (٢) . (٢) فوائد هذا الثمن من وقت أن دفعه المشتري للبائع . والمراد هنا الفوائد بالسعر القانونى - ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٥٠ - الأستاذ أن سلطان فقرة ٤٢٤ - أئذ ذعبد المنعم ابيراوى فقرة ٤٠٧ ص ٥٩٥ - قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ - كولان وكبيشان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى فقرة ٦١٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٨ .

(٢) وإذا كان البائع قد منح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن ، فمسترد أن يستفيد من هذا الأجل ، ولكن لفقضاء أن يلزمه بتقديم تأمين كاف يضمن السداد (بودرى وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ - الأستاذ أنور سلطان مرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ .

وإذا باع المشتري الحق قبل استعمال حق الاسترداد ، ومتنازل ضده يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري من المشتري لا ضد المشتري ، ويدفع له الثمن الذى اشترى به سواء كان أكثر من الثمن الأول الذى دفعه المشتري للبائع أو أقل . ذلك أن الاسترداد ليست له مدة مفروقة نوداً يجب أن يستعمل في خلالها ، فيجوز استعمال هذا الحق في أى وقت إلى أن يحسم النزاع في شأن الحق . وعند استعماله يوجه لمن كان الحق مستقلاً إليه وقت الاستعمال ، سواء كان المشتري أو مشترياً منه أو مشترياً ثالثاً أو مشترياً بعد ذلك (بودرى وسينيا فقرة ٥٤٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٠٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٣ - وانظر عكس ذلك في دفع المسترد للمشتري الثاني الثمن الذى دفعه المشتري الأول لدفع : ديموليت ١٦ فقرة ١١٠ - جيوار ٢ فقرة ٩٠٣ - أورى ورو : فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ٣٢ مكرر ثالث) .

المسائل التجارية - لتعويض المشتري عن المدة التي بقي فيها محروماً من الثمن لا ينتفع به . وفي مقابل ذلك يرد المشتري للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه ، فان كان ديناً ينتج فوائد تنف هذه الفوائد ولا يدفعها المدين للمشتري منذ اليوم الذي دفع فيه المشتري الثمن للدائن ، وإن كان عقاراً رد المشتري ثمراته من ريع أو محصولات للمتنازل ضده . أما إذا كان الثمن الذي اشترى به المشتري الحق المتنازع فيه مؤجلاً وينتج فوائد ، فان المتنازل ضده يتحمل هذا الثمن . وجلاً كما كان ويدفع الفوائد المتفق عليها ، وهذه غير الفوائد القانونية التي أشرنا إليها فيما تقدم . ويلتزم بهذا نحو المشتري ، والمشتري يبقى ملتزماً نحو البائع كما سنرى . (٣) مصروفات التنازل عن الحق المتنازع فيه ، كرسوم التسجيل في العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الإمضاء ورسوم اتعنة والسمرة وأتعاب المحامي وغير ذلك (١) . ويتحمل المسترد أيضاً مصروفات الاسترداد ، ويدخل فيها مصروفات دعوى المطالبة بالحق إذا كان المشتري هو الذي رفعها على المتنازل ضده ، فان هذه الدعوى قد انتهت دون حكم فتحمل المشتري مصروفاتها فيرجع بها على المتنازل ضده (٢) . وكذلك يرد المتنازل ضده مصروفات دعوى المطالبة بالحق التي قد يكون صاحب الحق رفعها ضده وانتهت دون حكم ، وذلك فيما إذا كان المشتري قد تحملها ، أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها في الثمن الذي باع به الحق وقد رأينا أن المتنازل ضده يجب عليه رد هذا الثمن للمشتري .

١٠٧ - الآثار التي تترتب على الاسترداد : إذا استرد المتنازل ضده

الحق المتنازع فيه من المشتري ، فان هذا لا يعني أنه أقر بأن الحق ليس له . وكل ما عناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد لخصومة القائمة ، حتى ينحسم النزاع في أمر لا تعرف مغيبته (٣) .

(١) وإذا كان المشتري قد دفع رسوماً أكبر بسبب المبالغة في الثمن ، لم يكن له أن يرجع على المسترد بما زاد من هذه الرسوم (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣ : ص ٤٠٦-٤٠٧) .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ .

(٣) وقد رأينا أنه إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً حول إلى آخر ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، سقط حقه في الاسترداد (أنظر آنفاً فقرة ١٠٥ في الهامش) . أما إذا ==

والاسترداد إذا تم على الوجه الصحيح يكون له أثره : (أولاً) في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده . (ثانياً) وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع . (ثالثاً) وفي العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع .

ففي العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده ، يحل الثاني محل الأول بموجب الاسترداد . ولا يعتبر الاسترداد شراءً جديداً للحق المتنازع فيه صدر من المشتري للمتنازع ضده ، بل إن المشتري يعتبر - في العلاقة ما بينه وبين المسترد - أنه لم ينتقل إليه الحق أصلاً وقد انتزعه منه المسترد . ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التي يكون قد رتبها المشتري على الحق قبل الاسترداد تسقط ، وتعتبر كأن لم تكن (١) . فإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً ، سقط كل ما رتبته المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع . وتسقط الحجز التي يكون دائن المشتري قد وقعها تحت يد المتنازل ضده ، إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، إذ هي تعتبر واردة على حق ليس للمشتري (٢) .

وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع يبقى البيع قائماً ، فلا ينتقض بالاسترداد (٣) . وهذا بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام ، فهناك يحل المسترد محل المشتري نحو البائع ، أما هنا فالاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع ، فلا تتأثر بالاسترداد العلاقة ما بين المشتري والبائع . ومن ثم يكون للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع ، ولا يحل المسترد

= احتفظ المدين بحقه في الطعن في الدين عند قبول الحوالة ، جاز له بعد ذلك أن يسترده (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٢٤ ص ٦١) . وإذا حول المحني عليه في جريمة حقه في التعويض إلى آخر ، جاز للمتهم أن يسترد الحق مع بقاء منكر ارتكاب الجريمة ومنكراً استحقاق المحني عليه للتعويض (هيك ٢ فقرة ٦٦٣ - بودري وسينيا فقرة ٩٥١) .

(١) لكن إذا باع المشتري الحق من مشتري ثان ، فقد قدمنا أن الاسترداد يوجه إلى المشتري الثاني بانتهى الذي دفعه هذا المشتري الأول ، فلا يسقط تصرف المشتري الأول في الحق بالبيع (أنظر أيضاً فقرة ١٠٦ في الهامش) .

(٢) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٣) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٦ - والأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ .

محل المشتري في هذه الالتزامات ، فان البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته . ولا يرجع المشتري على البائع بالضمان ، بعد ان انتزح المسترد الصفقة من المشتري ، وذلك ما لم يكن المشتري بجهل أنه اشترى حقاً متنازعا فيه ، فان جهل ذلك رجع على البائع بالضمان والتعويض (١) .

بقيت العلاقة ما بين البائع والمسترد . والخصوصية التي تميز هذا النوع من الاسترداد عن غيره من الأنواع الأخرى أن المسترد هنا مدين بالحق المتنازع فيه للبائع ، فهو غير أجنبي عن الحق بخلاف الشفيع الأجنبي عن العين المشفوعة . وهو إذن لا يتلقى الحق ، بل ينهبه إذا كان حقاً شخصياً ، ويقطع الخصومة فيه إذا كان حقاً عينياً . ويترتب على ذلك أن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع إلى المسترد ، فقد كان حقاً متنازعا فيه ما بين البائع والمسترد ، وكل ما حدث بالاسترداد أن هذا النزاع قد انحسم ، ولم يعد للبائع حق في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه ، ويكون للاسترداد الأثر الذي للصلح في حسم النزاع . فاذا كان الحق المتنازع فيه ديناً يدعيه البائع في ذمة المسترد ، فان الاسترداد لا ينتقل الدين إلى المسترد فينقضي باتحاد الذمة ، بل إن الاسترداد يحسم النزاع في الدين فيعتبر كأنه لم يكن في ذمة المسترد (٢) . وإذا كان الحق

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٨٢ — بودرى وسينيا فقرة ٩٥٥ — عكس ذلك ملانوار وروبيو ، عامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ — وقانون الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ — وانظر آنفاً فقرة ١٠٥ في الهامش .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٩٥٨ — وما ورد في المذكرة الإيضاحية لشرع التمهيد في هذا الصدد في حاجة إلى التحرير ، فقد ورد ما يأتي : « وإذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، فاسترداده يمكن تكيفه على أنه شراء لحق من الدائن ، ثم انقضاء الحق بعد ذلك باتحاد الذمة . وإذا كان الحق مبنياً ، فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٥) . والصحيح ما قررناه . انظر في معنى المذكرة الإيضاحية الأستاذ سالحان مرفس فقرة ٢٨٩ ص ٤٧٥ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٨ ص ٤٥٥ .

وقدر الأستاذ عبد المنعم البدر في هذا الصدد إذ يقول : « الاسترداد لا يبدو أن يكون وسيلة لإبراء ذمة الدائن . . . ليس من أثر الاسترداد إنشاء علاقة مباشرة بين البائع والمسترد ، فلا يستطيع البائع مطالبة المسترد بالتأمين بدعوى مباشرة ، وإنما يرجع عليه باستعمال دعوى مدية أي المشتري المتنازل إليه . ثم إن المسترد لا يعتبر أنه تلقى حقاً من المشتري الذي استعمل خيار الاسترداد في مواجهته ، لأن كل ما يترتب على الاسترداد هو انتهاء الدين إذا كنا =

المتنازع فيه عقاراً ، انقطع النزاع فيه وخلصت ملكيته لمسترد دون منازعة من البائع . ولا يعتبر العقار قد انتقل من البائع إلى المسترد . بل يعتبر أنه كان دائماً ملك المسترد ، ومن ثم لا يلزم تسجيل الاسترداد . وإذا كان المشتري قد اشترى بثمن مؤجل ، وأصبح المسترد ملزماً بهذا الثمن إلى أجله (١) ، فإنه لا يكون ملزماً بشيء نحو البائع . بل هو ملزم نحو المشتري ، وهذا ملزم نحو البائع (٢) كما سبق القول .

١٠٨ - المحالة الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد : لما كان

حق الاسترداد قد أعطى للقضاء على المضاربة في الحقوق المتنازع فيها ولمنع استعمال الخصومات ، فقد نصت المادة ٤٧٠ مدني . كما رأينا على حالات استثنائية أربع لا يجوز فيها الاسترداد لانقضاء محرة المضاربة . وهذه الحالات هي (٣) :

١ - إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً

= بصدد حوالة أو زوار النزاع الذي ثار حول الحق ادعى عن اشارة . ولهذا إذا نطق الإذاعة داد بحق عيني عقارى ، فليس من الواجب تسجيله . والخلاصة أنه نظراً للطبيعة الخاصة لحياز استرداد الحق المتنازع فيه ، فإن المسترد لا يعتبر خلفاً خاصاً للبائع (المتنازل) ولا لمشتري (المتنازل إليه) لأننا بصدد حق متنازع فيه كان المسترد نفسه طرفاً فيه ، (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٧ - ص ٥٩٨) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلاينيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .
(٢) ويستطيع البائع أن يرجع على المسترد بالتخلف عن طريق الدعوى غير المباشرة باستعمال حق مدينه المشتري قبل مدين الدين وهو المسترد . ويذهب ابنه في فرنسا ، وفقاً لتقاليد القانون الفرنسى القديم ، إلى أن البائع يستطيع أن يرجع أيضاً بدعوى مباشرة عن المسترد (بلاينيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ - ك. لان وكايتان ، فقرة ٩٨٤ - وانظر في هذا المعنى : الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٢ - الأستاذ أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٩٢٧ هامش رقم ١) . ونرجع الرأى الذى ذهب إليه الأستاذ عبد المنعم البدر اوى من أن البائع لا يستطيع مطالبة المسترد بالتخلف بدعوى مباشرة (فقرة ٤٠٩) وقد سبق الإشارة إلى ذلك ، لأن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنفس ، ولا يرجع نص هنا يجعل للبائع أن يرجع بدعوى مباشرة على المسترد .

(٣) وهى المذكورة على سبيل الحصر ، فمن غيرها يجوز الاسترداد دائماً (لوران ٢٤ فقرة ٦١٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ - بودرى وسينيا فقرة ٩٦٠) .

بشأن واحد . مثل ذلك بيع التركة ، فهي مجموع من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون ، وسرى أن بيع التركة هو بيع لهذا المجموع دون نظر إلى عنصر من عناصره بالذات . فإذا كان في التركة حق متنازع فيه ، فإن هذا الحق يفقد ذاتيته وبقي مع العناصر الأخرى في مجموع التركة ، فتعدم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات ، فلا يجوز الاسترداد . وينتج على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وارث نصيبه في التركة ، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة في ذمة أجنبي وهو دين يتنازع فيه المدين ، فإن المشتري لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين ، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه . فإذا صنى النزاع في الدين ، وثبت استحقاق التركة له ، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث .

٢ - إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك (١) . وباع أحدهم نصيبه من الآخر . فإذا فرس أن حقاً متنازعاً فيه يملكه شخصان في الشيوع ، إما لأتباعاً وورثاء عن مورث مشترك أو اشترياه معاً ، ثم باع أحد الشريكين نصيبه في الحق من الآخر ، فإن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالة . ذلك أن المفروض أن يكون شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصد به المضاربة ، بل هو قسمة أو هو خطوة نحوها (٢) . أما إذا كان الشريكان في الحق يتنازعهما أجنبي يدعى ملكية الحق معهما ، وكان الحق ذاته متنازعاً فيه مع المدين به ، ثم نزل الأجنبي عما يدعيه للشريكين ، جاز للمدين أن يسترد . ذلك أننا خرجنا عن نطاق الاستثناء الذي نحن بصددده ، فهذا الاستثناء يقتضي

(٥) أو شركة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٣) .

(٦) ومن ثم لا يجوز الاسترداد حتى لو كان الحق ملوكاً لأربعة أشخاص مثلاً ، وباع واحد منهم نصيبه لأحد الشركاء الثلاثة . فبالرغم من أن الحق لا يزال شائعاً بين الثلاثة ، إلا أن فكرة القسمة لا تنفي ، وهذا البيع خطوة نحوها .

ويلاحظ أنه في الحالة نحن بصدددها - بيع أحد الشركاء نصيبه لشريك آخر - يمنع الاسترداد ، فوق انقضاء فكرة المضاربة ، اعتبار آخر هو أن الاسترداد لا يمنع من استمرار المتنازع والمصرمة ، إذ أنه لا يؤدي إلى أكثر من استرداد نصيب البائع ، ويبقى الشريك الآخر ينصيبه المتنازع فيه مستمراً في المصرفة .

أن يبيع أحد الشريكين من الآخر نصيبه ، لا أن أجنبياً سلباً يكون هو المتصرف (١) .

٣ - إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للدائن المستحق في ذمته . والمفروض هنا أن للمدين حقاً متنازعا فيه في ذمة آخر ، فنزل عن هذا الحق لدائته وفاء بالدائن الذي في ذمته له . فالواضح أن الدائن ، عندما قبل نزول مدينه عن حقه ، لم يقصد المضاربة ، وإنما قصد أن يستوفي حقه . ومن ثم لا يجوز لمن عابه الحق المتنازع فيه أن يتخلص من المطالبة باسترداد الحق من الدائن الذي استوفى بهذا الحق حقه ، لأن الاسترداد هنا لا مبرر له (٢) . وقد ينزل المدين وفاء لدينه عن حق متنازع فيه ، ولا يكون هذا الحق كافياً لوفاء الدين ، فيدفع معه مبلغاً إضافياً من النقود . مثل ذلك أن يكون في ذمة المدين لدائته أربعة آلاف ، فيوفيه حقاً متنازعا فيه مقداره أربعة آلاف ومعه مبلغ إضافي مقداره خمسمائة . فكأنه وفي مدينه خمسمائة ، والباقي من الدين ومقداره ثلاثة آلاف وخمسمائة وفاء بأربعة آلاف متنازع فيها . ففي هذا المثل لا تدل الأرقام على أن هناك مضاربة في الحق المتنازع فيه ، فقد استوفى الدائن الدين الذي له بحق متنازع فيه يزيد عليه زيادة معقولة تقابل خطر النزاع . وإذا عكسنا الفرض ، وقلنا إن في ذمة المدين ثلاثة آلاف فماها بحق متنازع فيه مقداره أربعة آلاف على أن يعطى الدائن للمدين معدلاً (soultte) لهذه الصفقة مقداره خمسمائة ، فإن الدائن يكون قد أعطى المدين خمسمائة فوق الثلاثة آلاف ، واستوفى الثلاثة الآلاف والخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، فلا تدل الأرقام هنا أيضاً على فكرة المضاربة . ولكن إذا كان الدين الذي في ذمة المدين هو ألف فقط ، والمسألة بجعلها ، فإن الدائن يكون قد أعطى خمسمائة فوق الألف ، واستوفى الألف وخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، وقد يكشف قاضي الموضوع في هذه الحالة من الأرقام والظروف الأخرى فكرة

(١) بوردي وسينيا فقرة ٩٦٢ .

(٢) ولكن قد يمسد الطرفان إلى التحايل ، فينشئان ديناً سوريا لأحدهما على الآخر ، ثم ينزل المدين للدائن عن حق له متنازع فيه وفاء لهذا الدين السوري . فالاسترداد هنا يجوز ، لأن الصفقة أريدت بها المضاربة وقد أخفيت تحت ستار هذا الدين السوري .

المضاربة فيجعل للمدين بالحق المتنازع فيه حق الاسترداد (١).

٤ - إذا كان الحق المتنازع فيه بثقل عقاراً وبيع الحق لحازر العقار .
والمفروض هنا أن عقاراً مثقل برهن يكفل ديناً على مالكة متنازعا فيه . وباع
المدين العقار المرهون من آخر ، فالحازر للعقار وهو المشتري يكون مسئولاً
عن الرهن الذى بثقل العقار وله حق التطهير ، ولكن لإجراءاته معقدة وهو
غير مأمون العاقبة . فيعمد إلى شراء الحق المتنازع فيه المكفول بالرهن ، حتى
يمنع الدائن المرتهن من تتبع العقار . ولا يستطيع المدين بالحق المتنازع فيه - وهو
المدين الذى باع العقار - الاسترداد فى هذه الحالة ، فان الذى دفع حازر العقار
لدى شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكرة المضاربة ، بل إنه أراد تجنب
إجراءات الدائن المرتهن (٢) . مثل ذلك أن يشتري شخص عقاراً من آخر بأربعة
آلاف ، وعلى العقار رهن بألف متنازع فيها فإذا دفع المشتري كل الثمن للبائع ،
ثم اشترى الدين المضمون بالرهن ومقداره ألف بثمانمائة ، فانه يرجع على المدين
وهو بائع العقار بألف ، ولا يجوز لهذا المدين أن يسترد الدين بثمنه فيدفع ثمانمائة
بدلاً من الألف . وإذا اكتفى المشتري بأن يدفع من الثمن ثلاثة آلاف ليستبقى
ألفاً لوفاء الدين - وهذا ما يقع عادة - ثم اشترى الدين بثمانمائة ، لم يجز للمدين
بائع العقار أن يتمسك بحقه فى الاسترداد ليرجع على المشتري بالفرق بين الدين
ومقداره ألف وبين ثمنه ومقداره ثمانمائة (٣) .

(١) بودوى وسينيا فقرة ٩٦٥ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٣ ص ١١٠ - جوسران ٢ فقرة ٨١٥
ص ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٠
ص ٥٩٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ .

٥ . رد التفتين المدنى لفرنسى ، وهل غراره أورد التفتين المدنى المصرى السابق ، لتقرير
هذه الحالة الرابعة ، عبارات غامضة لا يستبين منها فى وضوح فرض المشرع : أنظر فى نص
التفتين المدنى الفرنسى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨١ ، وفى مثل مناسب لعبارة التفتين المدنى
المصرى السابق وهى عبارة غامضة الأستاذين احمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٦١٦ .

(٣) أنظر فى الحالات الاستثنائية الأربع المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة
الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤ .

ب - بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاة

١٠٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكافة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار . الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا ،

وتنص المادة ٤٧٢ على ما يأتي :

« لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار . وإلا كان العقد باطلا (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٧/٣٢٤ (٢) .

(١) تاريخ النصوص

م ٤٧١ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٧ من المشروع التمهيدى عن وجه يتفق مع ما استمر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة اذاعة ومجلس النواب ، وأصبح النص رقم ٤٩٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٠٠ - ص ٢٠٢) .

م ٤٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٨ من المشروع التمهيدى عن وجه يتفق مع ما استمر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٩٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ و ص ٢٠٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٥٧/٣٢٤ : لا يجوز للقضاة أو وكلاء أخيرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والأفركانية أن يشتروا ، بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم ، لا كلا ولا بعضاً من الحقوق المتنازع فيها التي تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التي يمارسون فيها وظائفهم ، فإذا وقع ذلك كان البيع باطلا . وفي هذه الحالة يكون البيع باطلا أصلاً ، ويجوز بطلانه بناء على طلب أى شخص له مصلحة في ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالبطلان من تلقاء نفسها . =

وتقابل في التقنينات المدية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤٣٩ - ٤٤٠ . وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٦٠ - ٤٦١ -
وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٩٥ - ٥٩٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود
اللباني المادتين ٣٨٠ - ٣٨١ (١) .

١١٠ - البيع لعمال القضاء وهو الاسروداد : ونرى من ذلك أن
ليج الحقوق المتنازع بها حاصبة أخرى . فقد رأينا فيما تقدم أن بيع الحق المتنازع
فيه يجس للمدين حق الاسروداد من المشتري . وهنا نرى أن المشتري إذا كان
أحداً من عمال القضاء . وبالتحديد أحداً ممن ذكروا بالنص - فإن البيع يكون
باطلاً ، ومن ثم لا يكون هناك محل للاسرداد إذ لا اسرداد في بيع باطل .
وقد ربط التقنين المدني الجديد ما بين النصوص المتعلقة ببيع الحقوق المتنازع

= (والأحكام متفقة في التقنينين . ثم يرد في التقنين السابق نص خاص بتعامل المحامي في
الحق المتنازع فيه إذا) كلاً من صاحب الحق . ونحو المادة ٢٥٧/٢٢٤ كانت تعتبر كافية
بحريم شراء المحامي لغيره أو جرمه . ويدخل في البيع الوفاء بمقابل إذا كان المحامي يأخذ مقابل
تعاونه جزواً من الحق المتنازع فيه)

(١) التقنينات المدية العربية الأخرى . التقنين المدني السوري م ٤٣٩ - ٤٤٠ (مطابقتان
للمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني المصري) .

(وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٩) .
التقنين المدني الليبي - ٤٩٠ - ٤٩١ (مطابقتان للمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني
المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٩٥ - ٥٩٦ (مطابقتان للمادة ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني
المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذبي - فقرة ٣٦٢ - فقرة ٣٦٩ -
والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ١١١ - فقرة ١١٢)

تقنين الموجبات والعقود الباني م ٣٨٠ : إن القضاء والحامين والكتبة القضائيين ومعاونيهم
لا يجوز لهم أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والداخل في حيز
اختصاص المحاكم التي يقومون بوظائفهم في دائرتها .

م ٣٨١ . إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يمدون
أشخاصاً مستمارين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة .

(والتقنين اللبناني يتفق في مجموع أحكامه مع التقنين المصري ، إلا أنه أغفل النص على إعفاء
أعضاء النيابة والمحضرين كما أغفل النص على تحريم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه الموقوف إليه
الدفاع عنه ، وأقام قرينة قانونية على أن الزوجة والولد يعتبران اسماً مستعاراً) .

فيها ربطاً لم يكن موجوداً في التقنين المدني السابق ، إذ أن هذا التقنين الأخير عرّص لحق الاسترداد في مكان والبيع لعمال القضاء في مكان آخر ، وباعد ما بين المكانين حتى صار الربط بينهما ينطوي على شيء من الخفاء . ومذ ربط بينهما التقنين الحالي ، أصبح واضحاً أن بيع الحق المتنازع فيه لأحد عمال القضاء ، وهو بيع باطل ، لا يدع مجالاً لحق الاسترداد . فلا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق ، ويبطل البيع أصلاً فيرجع الحق لصاحبه ، ويكون المدين ملتزماً نحوه بكلّ الدين إذا صنى النزاع وثبت وجود الدين في ذمة المدين . أما العكس فجائز ، فإذا مرضنا أن المدين بالحق المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء وباع الدائن الحق من آخر ، فانه يجوز للمدين - ولو أنه من عمال القضاء - أن يسترد الحق المتنازع فيه (١) . ولا يحتاج عليه في ذلك بأنه اشترى حقاً متنازِعاً فيه رؤية النزاع فيه من اختصاصه ، لأنه إنما حسم النزاع بهذا الاسترداد ، ولأنه لم يشتر الحق بل استرده لإبراء ذمته منه ، واسترداد الحق لإبراء الذمة غير شرائه للمضاربة (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « بيع الحقوق المتنازعة فيما هل هذا النوع له خاصيتان : (أ) أنه لا يجوز إذا كان البيع لعمال القضاء الذين يقع اختصاصهم الفصل في النزاع . (ب) أنه يجوز إذا كان البيع لغير عمال القضاء المتقدم ذكرهم ، ولكن يستطيع من عليه الحق أن يتخلص منه إذا هو رد المشتري الثمن والمصروفات والفوائد . وقد ربط المشروع هاتين الخاصيتين إحداهما بالأخرى لما بينهما من العلاقة الطاهرة ، بخلاف التقنين الحالي (السابق) فقد فصل موضوع استرداد الحق المتنازع فيه (م ٣٥٤ - ٣٥٥ / ٤٤٢ - ٤٤٣) عن موضوع تحريم بيعه لعمال القضاء (م ٣٢٤ / ٢٥٧) ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) . وجاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : « وحكم بيع حق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل في حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء . فإذا باع الدائن حقاً متنازِعاً فيه لأحد عمال القضاء ، كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً كما تقدم ، ولا يكون للمدين في هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصروفات والفوائد . أما العكس فجائز ، ويكون لعمال القضاء الذي يتنازع في دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٦٧ وهامش رقم ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور . مطلق منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٣ - وانظر عكس ذلك : أوبرى ورو . فقرة ٣٥٩ وإباً هامش ١٢ - جيوار فقرة ١٤٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٢٩ .

وبخلص ٤٤! تقدم أن القانون ينظر في رغبة إلى بيع الحق المتنازع فيه . فهو في القليل ينطوي على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات ، ومن ثم جعل القانون الجزاء على ذلك حذراً في الاسترداد يعطيه للمدين . فإذا زادت الرغبة وكان المشتري هو أحد عمال التاجر بشترى حقاً نظر النزاع فيه يقع في اختصاصه ، زاد الجزاء على ما تقدم ، به الشبهة هنا لا تتعلق فحسب بفكرة المضاربة ، بل تنصل إلى حد استغلال التردد ، ومن ثم كان الجزاء أشد وقد جعله القانون بطلان البيع (١) . وحرّم القانون بوجه خاص على المحامي التعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه الموكل إليه أمر الدفاع عنه ، سواء بالبيع أو بغيره من التصرفات .

وقد عرفنا فيما تقدم ماهو الحق المتنازع فيه (٢) . ويبقى أن نعرف : (١) من هم المشترون للحقوق المتنازع فيها . (٢) وما هو الجزاء على شرأهم لهذه الحقوق (٣) وأحكام تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) .

(١) ولكن لا يمنع على عمال القضاء بيع حق لم يتنازع فيه ، لأن البيع بعكس شرائه يقع صلتهم بالحق ويعد فهم الشبهات (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٤ ص ١٨٢) .

(٢) فالحق المتنازع فيه معناه واحد . حيث حق الاسترداد ومن حيث تحريم شرائه على عمال القضاء ، ومن ثم يكون ليكون الحق متنازعا فيه في الحالتين ! تقدم في شأن موضوع نزاع جدى ولو لم ترفع دعوى به أمام القضاء (قارن الأستاذ منصور مصنف منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٧٩) . وقد قضت محكمة استفس بأن المادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) التى تحرم على القضاء وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها تنفيذ عبارتها اشتراط ان يكون المتنازع على الحق قائماً بالفعل وقت الشراء ومعروفاً للمشتري : سواء أكان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد . وإذن فلا يكون لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلاً للنزاع ومحتلاً أن ترفع بشأنه دعوى . ومحكمة الموضوع ، إذ تفصل في وصف كون الوقائع التى اثبتتها وقررتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق متنازعا فيه ، إنما تفصل في مسألة قانونية هى توافر ركن من الأركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) . إذ عدم توافره . وإذن فمسلها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٨ ص ٢٨٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن النزاع في الحق المانع من البيع الذى نصت عليه المادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) يجب أن يكون قائماً فعلاً أو محتملاً وقت التعاقد ، فكل نزاع يحدد أو ينشأ بعد التعاقد لأسباب لم تكن ظاهرة وقت التعاقد لا يصح أن يكون حائلاً دون البيع للأشخاص الذين دترهم القانون (استئناف مصر ١١ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية ٨٢) .

١١١ - المنشور للمنفوق المتنازع فيها : اخطروا عليهم الشراء

هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبه المحاكم وأخضرون . وقد ذكروا في المادة ٤٧١ مدنى على سبيل الحصر ، فلا يجوز انقياس عليهم . ولا يمتد اخطار إلى الخبراء (١) ومرجى المحاكم ووكلاء المحامين وكتبهم وخدم المحاكم وحجائها وفراسيها والحراس ورجال الشرطة ومأمورى الضبطية القضائية (٢) .

والقضاة يشملون كل من ولى وظيفة القضاء . فقضاة المحاكم الجزئية والمحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض ، كل هؤلاء القضاة والمستشارين يعتبرون « قضاة » . ويشمل اللط أيضاً مستشارى وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية (٣) ، كما يشمل قضاة المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحالس المالية عندما كانت هذه المحاكم موجودة . والمحظور شراؤه على القاضى ينسج أو يضيق بحسب المحكمة التى يباشر فيها وظيفته . فقاضى المحكمة الجزئية لا يجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمة الجزئية وحدها ، ويجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها فيما عدا ذلك ولو كان النظر فى النزاع من اختصاص محكمة جزئية أخرى تابعة لنفس المحكمة الكلية التى تنعها بمحكمته (٤) ، على أن يكون للمدين حق الاسترداد على النحو الذى قدمناه فيها يتعلق بهذا الحق . وقاضى المحكمة الكلية يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته ، بما فى ذلك اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته حتى لو كان النزاع يدخل فى

(١) لا يدخل الخبراء ولو كانوا مقيدى فى الجدول (استئناف مختلط ٢٠ يناير سنة ١٩٢٢م ٤٤ ص ١٤١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥ .
(٣) ولا يدخل مستشارو الرأى والتشريع فى مجلس الدولة والأعضاء الفنيون بهذين القسمين والمرظفون الفنيون بوزارة العدل ، فكل هؤلاء ليست لهم ولاية القضاء . كذلك لا يدخل المحكمون ، فهؤلاء لا يسمون « قضاة » .

(٤) غير أن محكمة استئناف مصر قضت بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يتصرفون فى حكم من يؤدون وظائفهم فى دائرة المحكمة الكلية لديها ، لأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها . بل هى محاكم متفرعة عن المحاكم الكلية الرئيسية ، ووكلاء النيابة والقضاة فيها معينون أصلاً فى المحاكم الكلية ثم يتدبون للعمل فى الجزئيات (استئناف مصر ١٣ يولييه سنة ١٩٢٢م ١٤ رقم ١٣٠ ص ٢٤١) .

الاختصاص النهائي للمحكمة الجزئية ، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفي لإلقاء ظل من الشبهة ، بل يجوز أن يتسع النزاع وتضم إليه طلبات إضافية نجد قابلاً للاستئناف (١) . ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته ، بما في ذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة . أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشتري أى حق متنازع فيه ، لأن اختصاص محكمته يمتد إلى جميع أنحاء الدولة ، وهذا حتى لو كان الحكم في النزاع غير قابل للنقض للاحتتمالات التي قدمناها .

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام إلى معاوني النيابة . ولا بدخل فيهم معاونو الإدارة ، ولا أعضاء النيابة الإدارية فهذه النيابة لم تكن موجودة وقت وضع التقنين الجديد . ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التي يعمل فيها ، ويمتد اختصاص النائب العام إلى جميع أنحاء الدولة وكذلك المحامون العامون وأعضاء النيابة الذين يعملون أمام محكمة النقض .

والمحامون هم كل من كان عضواً في نقابة المحامين ولو كان لا يزال تحت التمرين . ومن هؤلاء المحامين من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع من اختصاص أية محكمة جزئية في جميع أنحاء البلاد . منهم من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الكلية والجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها جميعاً . والمحامون المسموح لهم بالمرافعة أمام محكمة النقض أو أمام محاكم الاستئناف يحظر عليهم هم أيضاً شراء أى حق متنازع فيه (٢) .

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٤ - بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠ - مكس ذلك ماركاديه م ١٥٩٨ فقرة ١ .

(٢) ومع ذلك فقد ذهب رأى إل قصر المنع حل حالة ما إذا كان المشتري محالاً من أحد المتنازعين (الأستاذ فضى زغلول ص ٢٢٦) ، وذهب رأى آخر إل قصر المنع حل المحاكم التي يتراعى فيها الهامى بصفة مستمرة (الأستاذ حلى عيسى فقرة ٩٠٢) أو المحكمة التي يباشر عمله فضلا في دائرتها (الأستاذ اسماعيل غانم ص ٤٢ - ص ٤٣) ، غير أن هذه الآراء يعوزها سند من القانون (الأستاذان أحمد نجيب الهلائي وحامد زكى ص ٢٣٥ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤١٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٥ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٥ ص ١٨٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٨١) .

وكتبة المحاكم بندرج فيهم كتاب الجلسات ، وعبرهم من الكتاب ككتاب الحسابات والسكرتارية والقيود وغير ذلك من الأقسام الإدارية . والكاتب موظف في محكمة معينة ، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة ، سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة كلية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض .

كذلك المحضرون كل معين في محكمة معينة ، فالحظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة

وبلاحظ أن: يجب توافر الصفة في الوقت الذي يتم فيه الشراء ، فلو أن المشتري لم يكن قاضياً في محكمة القاهرة وقت أن اشترى حقاً متنازعاً فيه من اختصاص هذه المحكمة ، فالشراء جائز حتى لو نقل القاضي بعد ذلك إلى محكمة القاهرة ورفع النزاع أمام هذه المحكمة ، وعليه في هذه الحالة أن ينحى عن نظر القضية . ويجب أيضاً أن يكون الحق متنازعاً فيه وقت الشراء ، فلو لم يتم في شأنه نزاع جدي وقت أن اشتراه عامل لقضاء فالشراء صحيح ولو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائماً قبل ذلك وانحسم . ويجب أخيراً أن يكون عامل القضاء عالماً بوقوع النزاع في الحق وقت شرائه (١) .

ويستوى أن يكون الشراء واقعاً على كل الحق . أو واقعاً على بعضه . كما يستوى أن يشتري عامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصي أو باسم مستعار (٢) .

١١٢ - جزاء الحظر : ولا شك في أن جزاء الحظر بطلان البيع بطلاناً مطلقاً ، فالنص (م ٤٧١ مدى) صريح في هذا المعنى . ولا يكتفى لعقد البيع أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير ، وفقاً للقواعد المقررة

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تبين وقت تحويل السند أن المأني لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع ، جاز التحويل له ، ولا يمكن أن ينسب إليه أنه اشترى ديناً متنازعاً فيه (٢٥ يونيه سنة ١٩٢٤ الهامة . رقم ٢/٢٦ ج ١٩) .

(٢) كأن يشتري باسم زوجه أو ولده أو قريب له أو صديق . ويجوز إثبات الشراء باسم مستعار بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيعة والقرائن . وقد وضع تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٢٤١) قرينة قانونية على أن الشراء باسم الزوجة أو باسم الأولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مستعار (انظر آنفاً فقرة ١٠٩ في الهامش) .

في البطلان (١) . ومن ثم لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق في هذا البيع ، كما سبق القول . ويترب على بطلان البيع أن المشتري يسترد ما دفعه ثمناً للحق ، ويبقى الحق ملكاً لصاحبه الأصلي .

والبطلان يقوم على أساس أن البيع يخالف للنظام العام . فما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها . وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فعلاً . ففي القليل قد ألتى بشرائه الحق المتنازع فيه طلاً من الشبهة في حيدة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه . فهذه الاعتبارات تنصل أوثق الاتصال بالنظام العام والآداب ، ويكون الجزاء هو البطلان المطلق (٢)

١١٣ - تعامُل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) :

وقد ورد في التقنين المدني (م ٤٧٢) نص صريح في تحريم تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه . ويلاحظ أن نص المادة ٤٧١ مدني كان وحده يكفي لتحريم شراء المحامي حقماً متنازِعاً فيه لموكله . بل لأن النص أوسع من ذلك إذ يحرم على المحامي أن يشتري أى حق متنازع فيه ولو لم يكن وكيلاً عن صاحب الحق كما سبق القول . أما المادة ٤٧٢ مدني فهي أضيق من المادة ٤٧١ مدني من

(١) ويرى التحريم والبطلان المطلق على الوفاء بمقابل والمقايسة كما يسرى على البيع ، لأن كلا من الوفاء بمقابل والمقايسة تدري عليه أحكام البيع (انظر الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٢) .

(٢) ومن ثم فقد قيل إن حامل القضاء لا يسترد ما دفعه من الثمن في شراء الحق المتنازع فيه لأنه الطرف الملوث ، ولكن هذه النظرية القديمة قد هجرت ، وما دام البيع باطلا لا يترب عليه أثر فإنه يسترد ما دفعه .

وفي فرنسا نص على عدم جواز شراء حامل القضاء لـ الحق المتنازع فيه ، دون أن يصرح النص بالبطلان كما صرح نص التقنين المدني المصري ، فانقسم الفقه الفرنسي بين قائل ببطلان البيع وقائل بقابليته للإبطال . فن القائلين بالبطلان : لوران ٢٤ فقرة ٦٣ - جيوار ١ فقرة ١٤٠ - ميك ١٠ فقرة ٥٥ . ومن القائلين بالقابلية للإبطال : ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٩ - أوبري ورو د فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٥ - وهامش ٩ - بودري وسينيا فقرة ٢٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٢٧ - جوران ٢ فقرة ١٠٢١ .

ناحية ، وأوسع من ناحية أخرى . هي أضيق ، لأنها تشترط أن يكون المحامي وكيلًا في الحق المتنازع فيه . وهي أوسع ، لأنها تنقض بأنه متى كان المحامي وكيلًا في الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه ، وليس الشراء فحسب . فلا يجوز له أن يشتري الحق ، ولا أن يقايض عليه ، ولا أن يوهب له ، ولا أن يشارك فيه ، ولا أن يقترضه . ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءاً من الحق في مقابل أتعابه ولو تولى الاتفاق على التقاضي . والحظر هنا أيضاً يقوم على اعتبارات تنصل بالنظام العام ، إذ يخشى أن يستغل مركزه فيوهم موكله أن حظاً في استخلاص حقه غير كبير ، ويحمله بذلك على قبول اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً . ومن ثم يكون التعامل باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ويستوى أن يتعامل المحامي باسمه أو يتعامل باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق . وبطلان التعامل لا يمنع من أن يطلب المحامي تقدير أتعابه ، ويرجع على الموكل بها . ولا عسى أن يكون قد أنفق على التقاضي (١) . كذلك لا يوجد ما يمنع ، إذا انتهى النزاع في الحق ، أن يتعامل المحامي فيه مع موكله السابق بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه (٢) .

وقد كان تعامل المحامي في الحق الموكل في النزاع بشأنه محرماً على الرأي الراجح ، في عهد التقنين المدني السابق (٢) ، تطبيقاً للمبدأ العام الذي يحرم

(١) أما تعامل المحامي الباطل في الحق المتنازع فيه فيكون محل موازنة تأديبية (انظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٤٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٦ - وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « زاد المشروع بأن ذكر تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء ، هو التطبيق الكثير الوقوع في العمل ، وهو تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذي تولى الدفاع عنه - *pacte de quota litis* - سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره ، وسواء تعامل المحامي باسمه أو باسم مستعار : م ٦٣٨ من المشروع وهي منقولة من المشروع الفرنسي الإيطالي م ٢/٣٣٣ ، ولا نظير لها في التقنين الحالي (السابق) . ويلاحظ أنه يجوز ، بعد انتهاء النزاع ، أن يتعامل الموكل مع المحامي في الحق الذي كان متنازعا فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) .

(٣) استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٤٢ ص ٣٢٨ - استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٤ - الأستاذان =

على المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها سواء كانوا موكلين في النزاع أو غير موكلين . فلم يستحدث التقنين المدني الجديد حكماً جديداً في هذا الصدد ، وإنما أورد نصاً خاصاً صريحاً في التحريم (١) .

٢٤ - بيع السلم

١١٤ - **السلم في الفقه المصري** : لما كان بيع المذموم باطلاً في الفقه الإسلامي ، فقد استثنى من هذه القاعدة بيع السلم ، وهو بيع شيء غير موجود ولكنه ممكن الوجود . ونستعرض هنا في إيجاز ، ملخصاً عن البدائع (٢) ، الخطوط الرئيسية في بيع السلم في الفقه الإسلامي ، ثم نعرض لهذا النوع من البيع في القانون المصري . ولما كان تقنين الموجبات والعقود اللبناني أفرد لهذا البيع نصراً خاصاً ، فالتنا نعرض لهذه النصوص بعد ذلك .

يمكن تعريف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيء غير موجود بالذات بشئ مقبوض في الحال ، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم . ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم ، والبائع المسلم إليه ، والمبيع المسلم فيه ، والثمن رأس المال . وزى من ذلك أن السلم هو بيع المذموم ، رخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المذموم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه . على أن للسلم

= أحمد نجيب الهلال وحامه زكي فقرة ٢٣٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٧ ص ١٦٤ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٥ .

وإذا كان التقنين المدني السابق لم يشتمل على نص صريح في تحريم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه الموكل في النزاع بشأنه ، فقد احتل قانون المحاماة رقم ١٣٥ لسنة ١٩٣٥ على هذا ، إذ تنص المادة ٤٣ من هذا القانون بما يأتي : « وليس له على كل حال أن يتنازع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها ، أو أن يتفق على أخذ جزء منها نظير أتعابه ، أو على أجر ينسب إلى قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها . وعلى كل حال لا يجوز له أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة في الدعوى » .

(١) ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مماثل المادة ٤٧٢ من التقنين المدني المصري ، ولكن الفقه الفرنسي يحرم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه تطبيقاً لقاعدة ١٥٩٧ مدني فرنسي وهي التي تماثل المادة ٤٧١ مدني مصري (بودري وسينيا فقرة ٢٦٨) .

(٢) البدائع للكاساني ٥ ص ٢٠١ - ص ٢٠٥ .

شروطاً وقيداً نخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعدوم ، وتكسبه صفة خاصة نجعله استثناء منبداً في حدود صفة .

فيشترط في المبيع - المسلم فيه - أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كحظنة سفية وسط أو تمر فارسي جيد . وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفه بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير . فلو كان مما لا يمكن ، ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش ، لا يجوز السلم فيه . فيجوز السلم إذن في الكميات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال ، وفي العدديات المتقاربة كالجوز ، البيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجرى التنازع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة ، وفي الذرعات كالتياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض بتقارب التفاوت فيلحق بالمثل في باب السلم . ولا يجوز السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلي والجلود والبطيخ والقشاء والسفرجل والرمان ، برها . لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف ، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة . ويجب في المسلم فيه أيضاً أن يكون مما يتعين بالتعين ، فإن لم يكن كالدرهم والدنانير ، لم يجز السلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع والمبيع يجب أن يتعين بالتعين ، كما يجب أن يكون المسلم فيه مؤجلاً ، حتى لا يجوز السلم في الحال عند الحنفية ، وعند الشافعي هذا ليس بشرط ، وسلم الحال جائز . وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه - انبائع - تمكيناً له من الاكتساب ، فلا يكون لازماً كما في بيع العين . واحتجت الحنفية بأن السلم حالا يفضي إلى المنازعة لأن السلم بيع المفايليس ، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم بطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى المسخ . وبأن الترخيص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي وهو حرمة بيع ما ليس عند الإنسان إلى الحل بعار صر عذر عدم ضرورة الإفلاس ، فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية . ولومات المسلم إليه قبل الأجل ، حل

الدين . ويجب أن يكون نوع السلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل ، فإن لم يكن النوع موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل ، أو كان موجوداً فيها لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشباه ذلك ، لا يجوز السلم . وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد . أما الثمن - رأس المال - في السلم ، فيجب فيه أيضاً بيان جنسه ونوعه وصفته ، كدنانير نيسابورية جيدة وتمز برقي وسط . ويجب أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم ، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين ، وإنه منهي عنه لما روى أن النبي عليه السلام نهى عن بيع بالكالء الكالء أى النسيئة بالنسيئة . ويشترط القبض ما دام رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً ، والقياس ألا يشترط التمسك في المجلس إذا كان عيناً ، وهو قول مالك . وجه القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين . وهو جائز . وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً ، والناذر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين .

ويتبين مما قدمناه أن السلم ، بما أحاطه من قيود ، أصبح عقداً خاصاً يتميز عن سائر العقود . وأهم القيود التي تحيط به أربعة : (١) يجب قبض رأس المال ، أى الثمن ، في مجلس العقد . (٢) يجب أن يكون نوع المبيع موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين . وهذا الشرط ، في رأينا ، يعوض انعدام ذات المبيع وقت العقد ما دام نوعه موجوداً ، فكان السلم يرد لا على معدوم ، بل على موجود بالنوع لا بالذات . ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه (المبيع) مما لا يحتمل انقطاعه ، ويرجع ذلك في الغالب إلى الخشبة من الضرر ، فإن الشيء الذي ينقطع نوعه لا يخلو التعامل فيه من غرر . فلا يجوز السلم في ثمر نخلة بعينها لم ينقطع ولا في محصول أرض بالذات لم ينبت ، بل في الثمر جملة وفي المحصول عامة . وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لا باحة بيع محصول مستقبل لأرض بالذات . (٣) ولا يجوز السلم في العدييات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلئ والطبيخ والفناء والرمان والسفرجل ونحو ذلك . (٤) ويجب أن يكون هناك أجل معلوم

للسلم عند الحنفية فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المندوم في الحال . حتى لو ثبت أن المسلم إليه (البائع) قادر على التسليم . ذلك أن طبيعة السلم تقتضي التأجيل إلى أجل معلوم لأنه بيع المقاليس كما تقول الفقهاء ، وهو بيع بأوكس الأثمان ، إذ البائع يبيع ما ليس عنده ، فيضرب أجلاً للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال ، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل (١).

١١٥ - السلم في القانون المصري : ولم يرد نص خاص ببيع السلم

في التقنين المدني المصري . وليس التقنين في حاجة إلى ذلك فقد رأينا أن بيع الشيء المستقبل فيه جائز ما دام محتمل الوجود . فيجوز إذن بيع المحصولات المستقبلية وبيع المكيلات والموزونات والعدييات المتقاربة والمتفاوتة والمذروعات وغير ذلك ، حتى لو لم توجد في الحال ، ما دامت توجد في المستقبل . وانباع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة ، فلا يشترط فيه قبض الثمن في الغنص كما يشترط ذلك في الفقه الإسلامي ، كذلك لا يشترط أن يكون غير منقطع النوع ، ولا أن يكون من العدييات المتقاربة ، وذلك لأن قواعد القانون المصري تحتمل من الغرر ما لا تحمله مبادئ الفقه الإسلامي .

وفي القانون المصري يوجد بيع مؤجل التسليم *vente à livrer, marché à terme*- ويكثر التعامل به في البورصة ، في البضائع كالقطن وفي الأوراق ذات القيمة كالأوراق المالية المسعرة . ولكن هذا البيع لا يقابل ببيع السلم ، فهو بيع

(١) فلو أن السلم في الفقه الإسلامي تحلل من هذه القيود ، وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت سلم المبيع ، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل - حتى يجوز بيع محصول بالذات ، لاسكن القول إن السلم هو الطريق الذي يؤدي إلى جواز بيع المندوم في الحال في الفقه الإسلامي ما دام أنه محقق الوجود في المآل . وقد سارت المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفي ، كما رأينا ، شوطاً في نحو هذه القيود . فعند مالك لا يشترط قبض رأس المال في مجلس العقد إذا كان رأس المال عيباً لا ديناً . ولا يشترط عند مالك وإنشئ عدم انقطاع السلم به من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، بل يصح السلم في المندوم إذا غلب على امر وحده وقت الوفاء .

ومع ذلك فالقيود ليس لازماً مستصفاً ، في مختلف المذاهب . هو شرط تعجيل الثمن إذا كان ديناً ، ويصاحبه إليه أن الأجل يسقط بموت الدين .

مضاربة ، أما بيع السلم فقد رأينا أنه يبيع المغاليس . ففى الصفقات الآجلة (marché à terme) يغلب أن يكون كل من البائع والمشتري مضارباً على الفرق فى الأسعار ، فتنهى الصفقة لا إلى التسليم حيناً بل إلى دفع الفرق ، فان ارتفع السعر دفع البائع الفرق ، وإن نزل فالفرق يدفعه المشتري . وبعد البيع على هذا الوجه فى بورصة مرخص بها ، وبحصل بواسطة سمارة مقيدة أسماؤهم فى قائمة تحررها لجنة البورصة ، ويرد على بضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة (١) . أما بيع السلم فى الفقه الإسلامى ، فالمفروض فيه أن شخصاً يكون فى حاجة المال قبل أن ينتج سلعته فيأخذه من الغير فى مقابل أن يورد له السلعة فى أجل معين . فوظيفة بيع السلم الاقتصادية وهى الحصول على مال عاجل فى مقابل شيء آجل (٢) ، غير وظيفة الصفقات الآجلة وهى فى الغالب المضاربة على فروق الأسعار .

١١٦ - السلم فى القانون اللبنانى . وقد أوردتقنين الموجبات والعقود اللبنانى نصوصاً خاصة ببيع السلم ، تخطى فيها القيود التى أسلفنا ذكرها فى الفقه الإسلامى ، إلا قيد تعجيل الثمن فانه استبقاه ، وأضاف إليه أن يكون إثبات عقد السلم بالكتابة ولو لم تزد قيمته على النصاب المقرر للينة والقرائن .

فتنص المادة ٤٨٧ من تقنين الموجبات والعقود على أن : بيع السلم هو عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر مبلغاً معيناً من النقود ، فيلزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة فى موعد يتفق عليه الفريقان . ولا يثبت هذا العقد إلا بالكتابة . وتنص المادة ٤٨٨ على أنه : يجب دفع الثمن كله إلى البائع وقت إنشاء العقد . وإذا لم يعين ميعاد لتسليم المبيع ، اتبع العرف فى تحديد هذا الميعاد (م ٤٨٩ لبنانى) . وإذا لم يبين مكان التسليم ، وجب أن يكون مكان العقد (م ٤٩١ لبنانى) . ويجب أن يكون المبيع معيناً بكميته أو بصفته أو بوزنه أو بكياله كالمواد الغذائية ، فان كان مما لا حد ولا يوزن فيكفى أن يعين بوصفه وصفاً دقيقاً (م ٤٩٠ لبنانى) .

(١) أنظر المادة ٧٣ من التقنين التجارى - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٤ .

(٢) فهو ضرب من بيع الاتئان ، خاصيته أن المبيع لا الثمن هو المؤجل .

ثم تنص المادة ٤٩٢ من تشريع المراجعات والعمود على أنه : « إذا تعدد على الباع بسبب قوة قاهرة ودون خطأ أو تأخر منه أن يسلم ما وعده به ، فتمشترى أن يفسخ العقد ويسترد الثمن الذي أسلف أو أن ينتظر إلى السنة التالية . وإذا عرّض الثمن في السنة التالية الشيء المعنود عليه البيع ، وجب على المشتري استلامه ، وليس له أن يفسخ العقد . وبسري هذا الحكم أيضاً إذا كان المشتري قد استلم قسماً من المبيع . أما إذا كان الشيء المتعاقد عليه غير موجود ، فنطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة » .

المطلب الثاني

تعيين المبيع

١١٧ - كيفية تعيين المبيع : قدمنا عند الكلام في تعيين المحل (١) أن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .

فاذا وقع البيع على شيء معين بالذات ، وجب أن يوصف الشيء وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة . فاذا باع شخص داراً ، وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التي تميزها عن الدور الأخرى . وإذا باع أرضاً ، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها (٢) . وإذا باع آلة ميكانيكية ، وجب أن يبين نوعها وأوصافها المميزة . وقد رأينا فيما قدمناه أن المشتري يجب أن يكون أيضاً عالماً بالمبيع عالماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه (م ١٩ مدني) .

أما إذا كان المبيع غير معين بالذات ، فإنه يجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره (م ١/١٣٣ مدني) ، فيقال مثلاً مائة أردب من القمح الهندي من الصنف

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الرطانية بألا ضرورة لذكر حدود الأطليان مادام للمتعاقدين علم تام بموقع وحدود هذه الأطليان (١٨ فبراير سنة ١٩١٤ اشرايع ١ رقم ٢٧٧ ص ١٤٩) . وقضت أيضاً بأن يكون لتعيين الأرض المبيعة ذكر التأسيسية والحوص ورقم القطعة دون بيان حدود الأرض (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المهامة ٢ رقم ١/١٢٢ ص ٤٨٦) .
(م ١٥ - الوسيط ج ٤)

الجيد . فإذا لم يحدد المقدار ، وجب أن يتضمن العقد ما يستطيع به تحديد
(م ١٣٣ / ٢ مدني) ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى
معين أو لمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد
قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة . وقد يتسّر التعيين على بيان
الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها
من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف
متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يفن البائع ، ولا يكون رديئاً حتى لا يفن
المشتري (م ١٣٣ / ٢ مدني) (١) .

ونرى مما تقدم أن تعيين المبيع إذا لم يكن معيّن بالذات يحصل بالتقدير ،
وقد يكون البيع جزأً . كذلك قد يكون بيع المقدرات بالعينة . أما الشيء المعين
بالذات ، فيتعين بوصفه وصفاً يميزه عن غيره تمييزاً مانعاً من الجهالة الفاحشة .
ولا يمنع الشيء من أن يكون معيّن أن يكون مجموعاً من المال كما في بيع التركة .
فنبحث على التوالي : (١) البيع بالتقدير والبيع الجزاف (٢) البيع بالعينة
(٣) بيع التركة .

١٩ - البيع بالتقدير والبيع الجزاف

(vente au poids, au compte ou à la mesure — vente en bloc)

١١٨ - كيف يكون البيع بالتقدير : رأينا أن المبيع إذا كان من
المثليات ، وجب أن يعين وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً . فإذا باع شخص

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يقرر كيفية تعيين المبيع
المعين بالنوع فقط ، وهو المادة ٥٨ هـ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي :
« إذا لم يتعين الشيء المبيع إلا بنوعه ، وجب أن يكون هذا الشيء معيّنًا تعييناً كافياً ، عدداً أو وزناً
أو كيلاً أو مقاساً » . ويقابل هذا النص المادة ٣٢٨ / ٢٦١ من التقنين المدني السابق ، وكانت
تجري على الوجه الآتي : « فإذا كان المبيع معيّنًا بالنوع فقط ، لا يكون البيع معتبراً إلا إذا كان
التعيين يطلق على أشياء يقوم أحدها مقام الآخر ، وكان المبيع معرّفاً بالوجه الكافي عدداً أو قياساً
أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضا المتعاقدين المبني عليه صحيحاً » . ولا فرق في الحكم بين النصين .
وقد حذف نص المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من الفوائد العامة (محرمة
الأعمال التحضيرية : ص ١٤ - ص ١٥ في الهامش)

من آخر مائة أفة من السكر فهذا بيع بالتقدير عن طريق الوزن ، أو باع ستين أردباً من القمح فهذا بيع بالتقدير عن طريق الكيل ، أو ماتى ذراع من القماش فهذا بيع بالتقدير عن طريق المقاس ، أو خمسمائة بيضة فهذا بيع بالتقدير عن طريق العدد .

ونرى من ذلك أن المبيع إذا احتاج في تعيينه إلى وزن أو كيل أو مقياس أو عدد ، كان البيع بالتقدير ، لأن المبيع لا يتعين إلا بعد أن يقدر وزناً أو كيلاً أو مقياساً أو عدداً . ويتم التقدير في المكان والزمان المتفق عليهما ، وإذا لم يكن هناك اتفاق اتبع العرف ، وإلا ففي مكان تسليم المبيع وفي الوقت الذي يجب فيه التسليم . ويجب أن يكون تقدير المبيع - الوزن أو الكيل أو المقاس أو العدد - واقعاً من البائع أو نائبه بمحض من المشتري أو نائبه (١) .

١١٩ - كيف بكموه البيع الجراف - نص قانوني : وإذا كان الشيء

مما يوزن أو يكال أو يقاس أو بعد ، ولكن المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات ، فالبيع جراف . فإذا باع شخص من آخر جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التي توجد في مخزنه ، وعين المخزن تعييناً كافياً ، فإن البيع لا يكون في هذه الحالة بالتقدير ، بل يكون جرافاً .

ويكون البيع جرافاً أيضاً حتى لو باع نصف أو ربع الكمية الموجودة بالمخزن

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ - أنسيكلوبيدي دالموز • لفظ vente فقرة ٨٥٣ - فقرة ٨٦٠ - ويصح تباعاً للعرف أن يكون إثبات إفراز المبيع بوضع علامة على أكياس القطن مثلاً . وتكون مصروفات الوزن والكيل والمقاس والمدة عادة على البائع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ ص ٣٧٦) .

وقد يتم التقدير بغير محضر المشتري أو نائبه ، كما إذا تم الوزن بميزان معتمد (القبان) وجري العرف بذلك ، أو سلم المبيع إلى حامل النقل فإن هذا التسليم يستخلص منه اتفاق ضمني بين البائع والمشتري على أن التقدير يتم بتسليم المبيع إلى حامل النقل ، وهذا ما لم يشترط المشتري أن التسليم لا يتم إلا بعد وصول البضاعة إليه وتسليمها من حامل النقل . أنظر في هذه المسألة : أوبري ورو • فقرة ٣٤٩ هاش ٤١ ثانياً — بودرى وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ — أنسيكلوبيدي دالموز ، لفظ vente فقرة ٨٥٧ - فقرة ٨٦٠ — الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٦٥ .

أو أى جزء شائع فيها ، فيكون للمشتري هذا الجزء الشائع من الكمية الموجودة بالخزن (١).

ويبقى البيع جزافاً كذلك إذا هو باع كل ما فى الخزن أو جزءاً شائعاً منه ، ولو كان قد قدر المبيع بمقدار معين ، كما إذا باع كل ما فى الخزن من قمح أو نصفه على أنه مائة أردب . فالبيع فى هذه الحالة قد وقع على كل القمح الموجود فى الخزن أو على نصفه ، فهو بيع جزاف (٢) ، وإذا تبين أن الكيل أو النصف ينقص عن مائة أردب أو يزيد فهذه مسألة ضمان سنعرض لها فيما بعد .

وما دام المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فالبيع جزاف ، حتى لو احتاج الثمن إلى التقدير (٣) ، فإذا باع شخص كل القمح الذى فى مخزنه بسعر الأردب خمسة جنيهات ، فإن البيع فى هذه الحالة يكون بيعاً جزافاً ، لأن المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فهو كل القمح الذى فى الخزن وإن احتاج الثمن إلى تقدير لأنه لم يعين إلا على أساس سعر الأردب فوجب لتحديد جملته أن يكال القمح الذى فى الخزن ليعرف مقداره . وهناك رأى يذهب إلى أن البيع فى هذه الحالة يكون بالتقدير ، مادام الثمن يحتاج فى تحديده إلى تقدير ولو كان المبيع لا يحتاج إلى ذلك . ويقول أصحاب هذا رأى إنه قبل تحديد الثمن لا يتم البيع لانعدام عنصر جوهرى فيه هو الثمن إذ هو لم يتعين ، والذى يتم إنما هو عقد غير مسمى وليس بعقد البيع . والصحيح أن الذى تم فى فرضنا هذا هو عقد بيع لا عقد غير مسمى ، والثمن غير منعدم ويكفى إذا لم يكن معيناً أن يكون قابلاً للتعيين ، وهو هنا قابل للتعيين بتحديد مقدار المبيع (٤). وقد حسم التقنين الملبى الجديد هذا الخلاف ، فنصت

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥٣ - بلانيرول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - ص ٣٧٣.

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هاش ٤٣ - بودرى وسينيا فقرة ١٥٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧ - الأستاذ جيل الشرفاوى فقرة ٤٩ ص ١٢٦ .

(٣) استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٢٢ ص ٤٥ - شين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/٣٨٥ ص ٧٨٢ - استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ .

(٤) وإذا أخذنا بالرأى الأول فى القانون الفرنسى ، فإن تبعة هلاك المبيع قبل تقدير الثمن تكون على البائع ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد تقدير الثمن . ومن الغائلين بهذا =

المادة ٤٢٩ منه على أنه إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع ، (١) .

== الرأى : ماركاويه م ١٥٨٥ - م ١٥٨٦ - فقرة ١ - فقرة ٣ - حيث ١٠ - فقرة ١٩ - بودرى وسبينا فقرة ١٤٨ - فقرة ١٥٠ - أما إذا كان البيع جزافاً ، فقبل تقدير الثمن يتحمل المشتري ثمة الهلاك في الثمن العرسي دون القانون العادي ، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري في القانون ومن القانونين هذا الرأى : أوبري ورو ٥ - فقرة ٣٤٩ ص ٢٣ - هامش رقم ٤٣ - جازار ١ - فقرة ٣٠ - بيمان ١١ - فقرة ١٦١ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ - فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - كولان وكاتيت ٢ ص ٥٦٠ - الأستاذ أوبري - فقرة ٥٧ - الأستاذ داس أحمد تحت اهلاز وحامد زكي فقرة ٥٣٣ . والقضاء الفرنسي أحمد زكي دودر رأى الذي (نظر لأحكام في بلانويل وريبير وهامل ١٠ ص ٣٧٢ هامش ٤ - أنليكوبيربي د توار - لفظ venie - فقرة ٨٤٩ وفترة ٨٥١) .

وهناك رأى في الفقه الفرنسي يذهب إلى أن المبيع إذا كان جزافاً والثمن هو الذي يحتاج إلى تقدير ، فملكية المبيع الجزأ تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد ، ولكن ثمة هلاك تكون على البائع وفقاً للمادة ١٥٨٥ فرنسي فهو يجعل ثمة الهلاك على البائع في المبيع بالتقدير ولا تعرض للانتقال الملكية (دير تير ١٦ - فقرة ٩٢ - ديمرجيه ١ - فقرة ٨٣ - وب بعدها - لوران ٢٤ - فقرة ١٣٩ - كولميه دى سانجر ٧ - فقرة ٧ مكررة ثانياً) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - ينتقل البيع من تلقاء نفسه ملكية الشيء المبيع وفقاً للمادة ٢٨٠ إذا كان هذا الشيء معيماً بالذات . أما إذا كان الشيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بفرضه وفقاً للمادة ٢٨١ .
٢ - إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري كما تنتقل في الشيء المعين بالذات . ويكون البيع جزافاً حتى لو كان واجباً في تحديد الثمن أن يقدر المبيع . « وفي جنة المراجعة حذف الفقرة الأولى لأنها مستفادة من الفواضع العامة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٢ في المشروع الهائى . ووافق مجلس النواب عليها ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٤ - ص ٤٦) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٦/٢٤٠ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :
إذا كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقياس - والمادة ٢٤١/٣٠٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : أما إذا كان البيع ليس جزافاً ، بل كان بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو بالمقاس ، فلا يعتبر البيع تاماً ، بمعنى أن المبيع يبقى في ضمان البائع إلى أن يوزن أو يكال أو يمس أو يقاس - والمادة ٣٣٨/٢٦٨ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى :
لا تنتقل ملكية المبيع المعين بنوعه فقط إلا بتسليمه للمشتري . ويلاحظ أن التقنين المدنى السابق وقع فيه خطأ : (أولاً) قرر أن المبيع المدنى بأسرع لا يبقى في ضمان البائع إلا إلى وقت العرض ، والصحيح أنه يبقى في ضمان البائع إلى وقت التسليم . (ثانياً) قرر أن المبيع المعين بالنوع =

وزى من ذلك أن البائع إذا باع مثلاً عشرين أردباً من القمح - سواء من القمح الموجود في مخزنه أو من أى قح آخر يصفه وصفاً كافياً - كان البيع بالتقدير ، سواء احتاج الثمن إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات مثلاً ، أو قدر جزافاً بأن جعل ثمن العشرين الأردب مائة جنيه جملة واحدة . وإذا باع كل القمح الذى في مخزنه أو جزءاً شائعاً منه ، فإن البيع يكون جزافاً ، سواء قدر الثمن جزافاً بأن جعل مائة جنيه جملة واحدة ، أو احتاج إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات . فالعبرة في بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف ، سواء قدر الثمن جزافاً أو احتاج إلى تقدير .

١٢٠ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث

انتقال الملكية : والتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف على النحو الذى قدمناه له أهمية كبيرة من حيث انتقال ملكية المبيع إلى المشتري . ففى بيع الجزاف تنتقل

= لا تنتقل ملكيته إلا بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالمقد حتى لو تم التسليم . انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعه الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٧ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى (وانظر فى القانون المدنى للسورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٥ - فقرة ٨٧) - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٨ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٣١ ، وتجرى حل الوجه الآتى : إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، وأما إذا كان المبيع لم يمين إلا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز (والحكم واحد في التقنينين العراقى والمصرى - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٩ - فقرة ١٤٠ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٦) - وفى تقنين الميرجيات والعقود اللبثانى المواد الآتية : م ٣٧٤ - يكون البيع : ١ . إما جزافاً وهو الذى يكون موضوعه يحمل أشياء مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس ، إلا إذا كان المراد منها تعيين مجموع الثمن . . . م ٣٨٩ - إن البيع جزافاً يمد تماماً منذ اتفاق المتعاقدين على المبيع واتسمن ، وإن لم يحصل وزن أو عد أو قياس مما هو لازم لتعيين الثمن عند الاقتضاء - م ٣٩٠ - إذا كان البيع بالوزن أو بالعد أو بالقياس ، فإن البيع يبق فى ضمان سائح إلى أن يتم الوزن أو للعد أو القياس . وانظر أيضاً المادة ٣٩٧ . (والأحكام واحدة في التقنينين اللبثانى والمصرى) .

ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع كما في سائر البيوع (١). أما في بيع التقدير فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد البيع، ولكن تنتقل بأقرار المبيع وزنا أو كيلا أو مقياساً أو عدداً على الوجه الذي قدمناه. وبإقرار لا البيع هو الذي ينقل الملكية، لأن الملكية لا يتصور انتقالها إلا في شيء معين بالدات. ولا يتعين المبيع بالذات في بيع التقدير إلا بالإفراز. ولما كان الإفراز يتم عادة وقت التسليم، فإن العمليتين - الإفراز والتسليم - تختلطان إحداها بالأخرى، ويبدو أن الذي ينقل الملكية هو التسليم. لكن إذا تأخر التسليم عن الإفراز، فإن الملكية تنتقل بمجرد تمام الإفراز وقبل أن يتم التسليم (٢).

ويستخلص مما تقدم أنه إذا باع شخص القمح الذي في مخزنه، سواء بسعر إجمالي أو بسعر الوحدة ففي هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القمح الموجود في المخزن إلى المشتري بمجرد انعقاد المبيع (٣). أما إذا باع عشرين أردباً من القمح الموجود بمخزنه أو الموصوف بأوصاف مميزة، سواء باعها بسعر إجمالي أو بسعر الوحدة، فإن ملكية العشرين الأردب لا تنتقل إلى المشتري إلا عند إفراز هذا المقدار وإعداده للتسليم، سواء سلم للمشتري أو لم يسلم (٤).

ويترتب على أن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد البيع في بيع الجزاف أن ثمرات المبيع وما يطرأ عليه من زيادة - نبيع قطاع من اعم أو مساحة معينة من أرض تنتج محصولاً - من وقت انعقاد البيع تكون للمشتري، إذ أن هذه الزيادة

(١) فإذا وقع بيع الجزاف على عقار، كبيع قطعة أرض محددة تؤخذ من مجيء أكبر، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. وقد يباع العقار بالتقدير، كما في بيع سبعة مثاقير من قطعة أرض معينة (استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٩). فلا تنقل الملكية إلا بعد الإفراز والتسجيل.

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥ في الخاتمة.
(٣) فإذا باع شخص محصول أرضه جزافاً مرتين متتاليتين لشخصين مختلفين، فليع الأول هو الذى ينقل الملكية، ويقدم على البيع الثانى (استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠).

(٤) فإذا باع شخص محصول أرضه بالتقدير لا جزافاً، وبعد جنى القطن ولكن قبل أن يوزن ليسلم للمشتري حجز عليه أحد دائى البائع، فالهجز يقع صحيحاً، لأن ملكية القطن لم تكن وقت الهجز قد انتقلت إلى المشتري (استئناف ومضى ٣٠ يناير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٤٢ ٤٨٨).

طُرأت على ملكه . أما في بيع التقدير فلا تكون الرابدة للمشتري إلا بعد الإجماع ،
إذا هو لا يملك المبيع قبل ذلك (١) .

١٢١ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجراف من حيث

تحمل نية الهلاك : وهناك وجه آخر لأهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع
الجراف ، ذلك هو تعيين من يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . ولما كان
القانون الفرنسي ينقل تبعه هلاك المبيع إلى المشتري بمجرد انتقال الملكية إليه
ولو قبل التسليم ، فإن تبعه هلاك المبيع في بيع التقدير لا يتحملها المشتري إلا بعد
إفراز المبيع أى بعد انتقال الملكية . فلو أن شخصاً باع عشرين أردباً من القمح
الذى في مخزنه ، ثم احترق المخزن بالقمح كله قبل إفراز المبيع . فإن العشرين
الأردب الداخلة في القمح المحترق تهلك على البائع لا على المشتري لأنها لم تكن
قد فرزت ، ويتحمل المشتري من دفع الثمن (٢) . أما إذا باع صاحب المخزن جميع
القمح الذى في مخزنه جزافاً . ثم احترق القمح قبل التسليم ، فإنه يهلك على
المشتري لا على البائع ، إذ انتقلت تبعه هلاك إلى المشتري بالانتقال الملكية ، فيبقى
ملتزماً بدفع الثمن للبائع (٣) .

(١) ويترتب أيضاً على أن البيع هو بيع بالتقدير أن المشتري إذا استولى على المبيع جميعاً
منه . استيلاء عليه قبل التقدير يكون مرتكباً لجريمة السرقة ، وإذا أفلس البائع قبل التقدير دخل
المبيع في التفليس ، وإذا أزعمت ملكية المبيع قبل التقدير للمنفعة العامة كان التعويض من حق
البائع لا من حق المشتري (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٧٣ هامش رقم ٤ — الأستاذ
عبد الحاح عبد الباقي فقرة ٨٦ — الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٦٥) . ويعتبر الاشتراط
في المياه والغاز والنور وما إلى ذلك بيع جزاف لا بيع تقدير ، لأن الذى يحتاج إلى تقدير هو
الثمن لا المبيع . ويترتب على ذلك أن المشتري يملك المياه والغاز والنور بمجرد التوريد ولا يتوقف
ذلك على تقدير الكمية الموردة من طريق العداد (انسيكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ٨٥١) .
(٢) وهذا بخلاف ما إذا باع عشرين أردباً وصفها بأوصاف مميزة ولم يقل إنها من القمح
الموجرد بالمخزن ، فإذا احترق المخزن بقى البائع ملتزماً بتسليم المشتري عشرين أردباً من القمح
الأوصاف المتفق عليها ، ولا يبعد احتراق القمح في المخزن هلاكاً للمبيع (بودرى وسبينا
فقرة ١٤٩ ص ١٥٠) .

(٣) عليك ١٠ فقرة ١٦ — بودرى وسبينا فقرة ١٤٩ — وتبقى العبوية العملية في تقدير
الثن ، وقد يكون متوقفاً على تقدير القمح وقد استحالت لاحتوائه . وعلى البائع عبء إثبات =

أما في مصر فنرى أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لا على المشتري ، حتى لو انتقلت الملكية إلى المشتري . فهلاك الشيء قبل التسليم ، سواء في بيع الجزاف أو في بيع التقدير قبل الإفراز أو بعده ، يكون في القانون المصري على البائع ، فلا أهمية إذن للتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من هذا الوجه . لكن الأهمية تظهر فيما إذا أعذر البائع المشتري لتسليم المبيع ، فإن تبعة الهلاك بعد الإعذار تكون ، حتى في القانون المصري ، على المشتري لا على البائع . فلو باع شخص كل القمح الذي في مخزنه جزافاً ، وأعذر المشتري لتسلم هذا القمح ، ثم احترق القمح قبل أن يتسلمه المشتري ، فالهلاك على المشتري لا على البائع . ولو باع شخص عشرين أردباً من القمح الذي في مخزنه ، ثم أعذر البائع المشتري ليحضر الإفراز فلم يفعل ، ثم احترق المخزن بما فيه من القمح قبل أن يتم الإفراز ، فإن تبعة الهلاك في بيع التقدير هذا تكون على البائع لا على المشتري ، لأن المبيع لم يتعين بالإفراز ، بهلك على البائع .

١٢٢ - لافراز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث إنشاء

الالتزامات الشخصية : وفيما عدا انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك ، لا يوجد فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث أن كلا منهما ينشئ التزامات شخصية في جانب كل من المتبايعين . فبيع التقدير حتى قبل إفراز المبيع ، وبيع الجزاف حتى قبل تحديد الثمن إذا كان لا يتحدد إلا بالتقدير ، كلاهما عقد بيع تام ، وليس عقداً غير مسمى . فينشئ عقد البيع هذا جميع الالتزامات التي ينشئها البيع ، ولا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف في ذلك ، ولا بين البيعين وبيع العين المعينة بالذات .

ففي بيع التقدير ، كما في بيع الجزاف ، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وبحضور إفراز المبيع وتسلمه . فلو أن شخصاً باع من آخر عشرين أردباً من القمح ، كان للمشتري إجبار البائع على تسليم هذا المقدار ، أو الحصول على

= مقدار القمح الذي احترق ليثبت مقدار الثمن المسحق في ذمة المشتري (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٣٠٠ ص ٢٧٤) .

مثله على نفقة البائع بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه في حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدنى). وكان للبائع إجبار المشتري على تسليم المبيع ودفع الثمن. وكان لكل من المتبايعين طلب تعويض من الآخر عما قد يحدث له من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذه الالتزامات، وكان لكل منهما أن يطلب فسخ البيع إذا تحقق سبب للفسخ (١).

§ ٢ - البيع بالعينة

(vente par échantillon)

١٢٣ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٤٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ - إذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها .

٢ - وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق (٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه متفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٣٧٤ - وهنقد جوسران موازنة بين بيع المذاق وبيع التجربة وبيع التقدير . فبيع المذاق مجرد وعد بالبيع ، ينتقل بيعاً بارتضاء المبيع بعد المذاق . وبيع التجربة بيع مطلق على شرط واقف أو بشرط فاسخ ، ينتقل بيعاً باناً بارتضاء المبيع بعد التجربة . وبيع التقدير بيع بات ، ولكن تنفيذه مرجأ الى وقت تقدير المبيع (جوسران ٢ فقرة ١٠٩٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه قريب مما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ببعض فروق لفظية . وقد أزيلت بعض هذه الفروق فى لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٣٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٠ بعد إزالة بقية الفروق اللفظية (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢١ وص ٢٣ - ص ٢٤) .

المادة ٣٨٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥١٨ - وفي تقنين الميرجيات والعقود اللبناني المادة ٤٤٤ (١).

١٢٤ - العيب طريق لتعيين المبيع . قد يختار المتبايعان طريقاً دقيقاً لتعيين المبيع ، فيتقدم أحدهما - ويكون غالباً هو البائع - بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . فيعطى بائع القماش مثلاً للمشتري عينة من القماش الذي يبيعه . إذا تكون عادة قصاصة من هذا القماش ، أو يعطى بائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحتفظ بها المشتري حتى يضاوى عليها ما ينظمه من البائع من قطن أو قمح أو ورق أو غير ذلك (٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٣٨٨م (مادة المادة ٤٢٠) من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى زروق فقرة ٤٩ - فقرة ٥٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٩ (مطابقة المادة ٤٢٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥١٨ : ١ - الأشياء التي تباع على منتهى عودجه ، تكون رؤية النموذج فيها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على منتهى ، كان المشتري مخيراً بين قبوله بالتمسك المسمى أو رده بفسخ البيع . ٢ - فإذا تبين النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطئه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون دائماً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

(والأحكام واحدة في التقنينين العراقي والمصري ، فيما عدا أن جراه عدم المطابقة للنموذج في القانون العراقي الفسخ أو الأخذ بالتمسك المسمى ، أما في القانون المصري فالفسخ أو إنقاص الثمن أو إيجاب البائع على تقديم شيء مطابق للعينة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٧٧ - ٨٠ - الأستاذ عباس حسن الصراف ص ٢١٢) .

تقنين سراسر والعقود اللبناني : م ٤٤٤ - إذا انعقد البيع بحسب نموذج فالبايع بضمن وجود صفات النموذج في البضاعة المبيعة . وإذا هلك وناله عيب ، فكل المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ، فيما عدا أن عيب إثبات عدم المطابقة للنموذج في حالة هلاكه تقع دائماً ، في التقنين اللبناني ، على المشتري ولو كان النموذج في يد البائع وضاع أو تلف ، وفي التقنين المصري يكون عيب إثبات المطابقة في هذه الحالة على البائع) .

(٢) أنظر البيع بالنموذج في الفقه الإسلامي ابن عابدين ٤ ص ١٠١ - الأستاذ مصطفى الزرقا - فقرة ٥٢ .

والعينة تغني عن تعيين المبيع بأوصافه (١) فهي المبيع مصغراً، وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها . وهي في الوقت ذاته تغني عن رؤية المبيع، إذ أن المشتري برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع . وقد جاء النص الخاص بالعينة (م ٤٢٠ مدني) تالياً للنص الخاص برؤية المبيع أو العلم به (٤١٩ مدني) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص نص المادة ٤٢٠ مدني : « هذا النص جديد لانظير له في التقنين الحالي (السابق) ، وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان ، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقاً لهذا النموذج . وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع راكناً برؤية النموذج، وهذا ما يجعل للسألة اتصالاً بخيار الرؤية ، وهو موضع النص السابق » (٢) .

والمشتري هو الذي يحتفظ بالعينة عادة ، ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يحتفظ بها البائع .

١٢٥ - وجوب مطابقة المبيع للعينة : ويجب أن يحىء المبيع مطابقاً للعينة مطابقة تامة ، وللمشتري أن يرفض المبيع أو أى جزء منه لا يكون مطابقاً لها (٣) ، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً أو أجود من العينة ذاتها ، فقد تم الاتفاق على أن يكون المبيع مطابقاً للعينة فليس للبائع أن يقدم شيئاً يخالفها ولو كان أفضل (٤) .

كذلك متى جاء المبيع مطابقاً للعينة لا يستطيع المشتري رفضه ، ولو وجده غير ملائم لحاجته (٥) . بل ليس للمشتري، في الأشياء التي تجرب عادة أو مذاق ،

(١) نفقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ .

(٣) استئناف مختلط ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٧١ .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٥) نفقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النفقض ٢ رقم ١١٦ ص ٧٣٠ -

استئناف مختلط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٤ .

أن يرد المبيع المطابق للعينة ، ولو وجد بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم ، فإدام المبيع مطابقاً للعينة وجب على المشتري قبوله (١) . ولكن ذلك لا يمنع من رجوع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع (٢) .

وإذا وقع نزاع ، مع وجود العينة ، فما إذا كان المبيع مطابقاً لها أو غير مطابق ، فإن البائع هو الذى يحمل عبء إثبات أن المبيع مطابق للعينة (٣) . ويجوز الالتجاء إلى الخبراء فى ذلك ، ولكن رأى الخبير غير ملزم للقاضى (٤) .

١٢٦ - جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة : قلنا أن المبيع إذا لم يجه

مطابقاً للعينة ، لم يجبر المشتري على قبوله . وبنفتح أمامه ، جزاء على عدم المطابقة ، أبواب ثلاثة :

أولاً - يستطيع أن يطالب بالتنفيذ العيني ، فيجبر البائع على تسليمه شيئاً آخر يكون مطابقاً للعينة (٥) . بل يستطيع المشتري أن يحصل على شيء مطابق

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٠ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٨ ص ١٦٢ — ومع ذلك فقد اقتصت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري إذا احتفظ بالعينة يكون هو المكلف بإثبات عدم مطابقة المبيع لسنة (١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٥) . وقد فرقت محكمة الاستئناف المختلطة بين البيع على مقتضى عينة (vente sur échantillon) والبيع على أساس نموذج (vente sur type) . ففى البيع الأول يجب أن يجه المبيع مطابقاً لكل المطابقة لعينة ، أما فى البيع الثانى فيكون أن يشتمل المبيع على العناصر الأساسية التى يقوم عليها النموذج حتى لو وجدت فروق بسيطة بين المبيع والنموذج مادام المبيع صالحاً لغرض المخصص له (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٥٢) . وانظر الأستاذ أنور سلطان ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) بلانيول وريبير هامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٠ .

هذا وليس المشتري ملزماً بمجرد تسليم البيع أن يضاهيه على العينة وأن يخطر البائع بعدم مطابقتها لما فى ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت تسليم البيع ، فإن هذا الالتزام إنما يقوم فيما بين مسلم للبضاعة وأمين النقل والوكيل بالعمولة وفقاً لأحكام المادة ٩٩ من القانون التجارى ، وتقابل المادة ١٠٥ من التجارى الفرنسى (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٩١ ص ٤٩٦) .

(٥) ذلك أننا نعتبر العينة طريقاً من طرق تعيين المبيع كما سبق القول ، فالبيع بالعينة بيع بات (انظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٨) . يست مطابقة المبيع لعينة شرطاً وفقاً =

للجنة على نفقة البائع بعد استئذان القاضي، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال
(م ٢٠٥ مدني) .

ثانياً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني ، أن يصب فسخ البيع
لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من تقديم شيء مطابق للجنة (١) . ويجوز فوق ذلك
أن يطلب المشتري من البائع تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع
لالتزامه ، وذلك وفقاً للقواعد العامة .

ثالثاً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني أو المطالبة بالفسخ ،
أن يقبل المبيع غير المطابق للجنة ويطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل
من قيمة الشيء المطابق للجنة (٢) .

= أو شرطاً فاسخاً يعلق عليه البيع حتى يقال إنه إذا لم تتحقق هذه المطابقة سقط البيع أو انسخ.
أنظر مع ذلك في أن البيع بالجنة بيع معلق على شرط فاسخ الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٢٨
ص ٦٢ - ص ٦٣ ، أو بيع معلق على شرط واقف محكمة الاسكندرية الوطنية ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢
المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢٤ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « والبائع على كل حال مسئول
عن مطابقة المبيع للنموذج . فان اختلفت هذه المطابقة ، جاز للمشتري أن يرفض تسليم المبيع ،
وأن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه . وتتفق التقنيات الأجنبية في هذا الحكم : أنظر
التقنين اللبناني م ٤٤٤ ، والتقنين الألماني م ٤٩٤ ، والتقنين البولندي م ٣٢١ ، والتقنين
البرازيلي م ١٣٥ ، والتقنين الصيني م ٣٨٨ ، والتقنين السوفييتي م ١٧٠ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٤ ص ٢٢) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يولييه سنة ١٩٤٤ م ٤٦ ص ١٨٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣٠٦ - ولكن المشتري ، وإن جاز له اختياراً قبول المبيع مع إنقاص الثمن ، لا يمكن
إجباره على هذا القبول . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق
الجنة التي جرى التعاقد عليها ، فمن الخطأ القول بأنه إذا امتنع حل البائع أن يحصل على بضاعة
من الجنة المتعاقدة عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه فإن كان دون الجنة جودة
أو نقاوة التزم بفروق الثمن لمصلحة المشتري (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥
رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الفرق بين
المبيع والجنة طفيفاً ولا يؤثر في جودة المبيع أو في صلاحيته ، لم يمكن هناك وجه إلا لتقبض
الثمن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٨٦ - أنظر أيضاً الأستاذ عبد الفتاح
عبد الباقى فقرة ٣٠ ص ٤٨ - الأستاذ منصور مصطنع منصور فقرة ٢٦) .

١٢٧ - إثبات العينة : وقد يحتاج أحد المتبايعين إلى إثبات العينة إذا نازع فيها المتبايع الآخر ، وتعرض مسألة الإثبات في فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المطلوب إثباته هو ذاتية العينة ، فهي في يد المشتري أو في يد البائع ، والطرف الآخر ينكر أنها هي ذاتها العينة المتفق عليها . وفي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن من كانت في يده العينة يكون هو المدعى عليه والآخر هو المدعى . فعلى هذا الآخر يقع عبء إثبات أن الشيء الذى في يد الأول ليس هو ذات العينة المتفق عليها (١) ، وهذا ما لم تكن هناك علامة متفق عليها بين الطرفين وقد وضعت على العينة ، فوجود هذه العلامة يكفى لإثبات ذاتية العينة (٢) .

(والفرض الثانى) أن تكون العينة قد فقدها من كانت بيده أو تلفت أو هلكت ، ولو دون خطأ من أحد . فإن كان ذلك وهي في يد المشتري ، كما هو الغالب ، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة ، فعليه هو أن يثبت ذلك فإن البائع لا يد له في ضياع العينة ، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها ، حتى يثبت المشتري العكس . وإن كانت العينة في يد البائع ، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق لها ، فعلى البائع أن يثبت المطابقة . ويكون الإثبات من الطرفين بجميع الطرق ، بما فى ذلك البيئة والقرائن (٣) .

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٩ ص ١٦٣ .

(٢) وقد أخذت تفتين الالتزامات السويسرى مبدأ أن من يؤتمن على العينة يصدق بقوله ، وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فى هذا الصدد : « يعنى التفتين السويسرى (٢٢٢م) بتحديد من يكلف بإثبات ذاتية النموذج ، وهذه أن من يؤتمن على النموذج يصدق بقوله ، سواء أكان البائع أم المشتري ، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس . وقد أثر المشروع ترك هذه المسألة خاصة للقواعد العامة فى الإثبات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ - وقد هلك المبيع - لا العينة - بسبب أجنبى وهو فى يد المشتري ، ففى المشتري إثبات أن هلاك المبيع كان بسبب أجنبى وأن المبيع غير مطابق لعينة ، وهذه ذلك لا يكون البيع قد انقضى ، ويكون الهلاك على البائع (استثناء مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٢) .

وقد رأينا أن تفتين الموجبات والمقود البنائى (م ٤٤٤) يحصل عبء الإثبات على المشتري دائماً ، دون تمييز بين ما إذا كان النموذج قد هلك فى يد المشتري أو فى يد البائع (انظر آنفا ص ١٢٣ فى الهامش) .

٥ ٣ - بيع التركة

(vente d' hérédité)

١٢٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« من باع تركة دون أن يفصل مشملاتها لا بضمن إلا بثبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٤٧٤ على ما يأتي :

« إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة . فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .

وتنص المادة ٤٧٥ على ما يأتي :

« إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » .

وتنص المادة ٤٧٦ على ما يأتي :

« يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، وبحسب للبائع كل ما يكون دائئاً به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق يفضي بغير ذلك » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٧٣ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٠ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٧٣ ؛ (مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٤٠٧) .

م ٤٧٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠١ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٧٤ ؛ (مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٢٠٩) .

— (ص ٢١٠) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٤٣٨/٣٥٠ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٤١ - ٤٤٤ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٢ - ٤٦٥ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

= م ٤٧٥ : ورد هذا النص في المادة ٦٤١ من المشروع التمهيدي حل وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع العبارة الآتية في المشروع التمهيدي : « إذا كان البائع قد قبض حلة بعض أعيان التركة » . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، لا لنسخ حكمها ، بل اعتبر الحذف تعديلاً لفظياً ، وأصبحت المادة رقمها ٥٠٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، لجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١١ - ص ٢١٢) .

م ٤٧٦ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٢ من المشروع التمهيدي حل وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما هذا أن المشروع ورد فيه : « رد المشتري للبائع .. كل ما يكون دائماً به التركة » . فعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة إلى العبارة الآتية : « ويحسب للبائع كل ما يكون دائماً به التركة » ، وهي أكثر دقة ، فإن البائع إنما يرجع يديه حل التركة ولا يسترده من المشتري . وأصبحت المادة رقمها ٥٠٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب : لجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ - ص ٢١٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣٨/٣٥٠ : يدخل في بيع استحقاق التركة ما لها من لديون والفوائد المغبوضة والمصاريف والديون المدفوعة من وقت افتتاح التركة ، ما لم يكن هناك شرط يخالف ذلك .

(وأحكام التقنينين السابق والجديد واحدة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤١ - ٤٤٤ (مطابقة المواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٠ فقرة ٢٩٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٦٢ - ٤٦٥ (مطابقة المواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني لمصر) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن الأخذ في العراق بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون ص ٣٧٨ - ص ٣٨٣ - (ص ٣٨٩ - ص ٤٠٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل فيه . ويمكن الأخذ أيضاً في لبنان بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة .

١٢٩ - صور مختلف بيع الشركة : ليس المقصود من بيع الشركة أن يبيع شخص مجرد حق احتمالي في الشركة ، بل يجب في القليل أن يبيع حصة في الشركة موجودة ولا يستطيع ذلك إلا إذا ضمن للمشتري أنه وارث . فإذا ضمن صفته هذه ، فهو يبيع حصة في مجموع من المال ، بعد أن تستزل منه ديون الشركة فان الوراثة لا تنتقل إليه هذه الديون . وهو في الوقت ذاته يبيع شركة مفتوحة لا شركة مستقبلية ، فقد رأينا أن التعامل في الشركات المستقبلية باطل . ومن ثم وجب أن نستبعد من بحثنا هذا صوراً ثلاثاً : (١) بيع حق احتمالي في شركة دون ضمان صفة الوراثة . (٢) بيع شركة مستقبلية . (٣) بيع عين بالذات من أعيان الشركة ، فهذا غير بيع الشركة التي هي مجموع من المال لأعيان معينة بالذات ولو استغرقت كل الشركة (١) ، وسنبحث في مكان آخر بيع الوراثة لعين من أعيان الشركة قبل سداد الديون .

ويبقى بعد ذلك أن نبحث الصورتين الآتيتين : (١) بيع الوراثة حصة في الشركة لأجنبي غير وارث . (٢) بيع الوراثة حصته في الشركة لوارث آخر ، وهذا هو التخارج (٢) .

١ - بيع الوراثة حصته في الشركة لأجنبي غير وارث

أولاً - حكم هذا البيع فيما بين الطرفين :

١٣٠ - التزامات مع الجانبين : يتعقد هذا البيع بالتراضي كسائر البيوع فإذا ما انعقد صحيحاً ، رتب التزامات في ذمة الوراثة الهائغ ، والتزامات مقابلة في ذمة المشتري الأجنبي . وهي بوجه عام الالتزامات التي تترتب في كل بيع .

(١) الأستاذ منصور مصطوق منصور فقرة ١٢٦ ص ٢٨٦ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع المقيدي : « بيع الوراثة نصيبه من الشركة هو بيع لمجموع من المال ، بما يشتمل عليه من حقوق وديون . وهو أهم من التخارج المعروف في الشريعة الإسلامية » . فإن للتخارج مقصور على بيع الوراثة نصيبه لباقي الورثة ، أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٨) .

فالتزامات الوارث البائع هي نقل ملكية حصته في التركة إلى المشتري ،
وتسليمها لياه ، وضمان ثبوت وراثته . والتزامات المشتري هي دفع الثمن ، وود
ما عسى أن يكون الوارث البائع قد وفاه من ديون التركة ، وحساب ما عسى
أن يكون هذا الوارث البائع دائناً به للتركة .

١٣١ - نقل ملكية الحصص المبيعة للمشتري : يلتزم البائع بنقل ملكية
حصته في التركة - أو جزء منها - للمشتري . والمنقول ملكيته هنا هو مجموع
من المال (universalité) ، لا مال معين بالذات (١) . ومن ثم تنتقل الملكية
بمجرد البيع ، ويحل المشتري محل الوارث في حصته (٢) ، ولا حاجة في ذلك
للتسجيل حتى لو اشتملت الحصص المبيعة على عقار . ولكن لا تنتقل ملكية عقار
بالذات إلى المشتري ، حتى فيما بين الطرفين ، إلا بالتسجيل (٣) . وإلى هذا تشير

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الاستحقاق في تركة يجب أن ينصب على مجموع
من الأموال المختلفة ، فإذا باع الوارث استحقاقه في شيء معين أو في أشياء معينة بحيث يمكن تسليم
المبيع للمشتري بدون حاجة إلى قصة التركة ، فلا يعتبر ذلك بيع استحقاق في تركة ، بل يعتبر
بيعاً عادياً (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٤٠ ص ١٠٨)

(٢) وذلك من وقت البيع دون أن يردجى (أنسيكلويدى دالوز) *cession des droits suc*
فقرة ٨٥) . وإذا كان المشتري محل محل الوارث في ملكية حصته ، فإنه لا يحل محله في صفته
كوارث ، بل يبقى الوارث البائع محتفظاً بهذه الصفة . وقد ترتب آثار على استنفاذ الوارث
البائع بصفة الوارث ، كما إذا كان المورث مؤثماً لمصلحة ورثته أو منشأً لوقف جميل ورثته فيه
مستحقين ، فيبقى الوارث البائع صاحب الحق في مبالغ التأمين أو يبقى مستحقاً في الوقف ، ولا تنتقل
حقوقه هذه مع حصته التي باعها للمشتري الأجنبي (الأستاذ عبد المنعم البدر) *فقرة ٤١٤ ص ٦٠٤ -*
الأستاذ مصطفى الزمرنا *فقرة ٢٩٣ ص ٣١٦*) . ولا يصح المشتري بشرائه حصص الوارث
وارثاً ، فإن صفة الوارث لا تنتقل إليه كما قلنا . ويترتب على ذلك أنه لو كان للمورث بنت
باعت حصتها في الميراث لابنها ، فإن ابن البنت لا يصبح فرعاً واثماً ولا يجب ابن العم مثلاً .
انظر في أن صفة الوارث لا تنتقل إلى المشتري المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة
الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ - وفي أن الوارث البائع يبقى محتفظاً بصفة الوارث *جيوار ٢*
فقرة ٨٥٩ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧١ - بلانول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣٥٨ ص ٤٥٥ .

(٣) المذكورة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٣ -
ويسبق ذلك تسجيل إسهاد الوراثة (الأستاذ محمد كامل مرسى *فقرة ٢٥٢ - الأستاذ عبد المنعم*
البدر *فقرة ٤١٢*) .

العبارة الأخيرة من المادة ٧٤ مدني عندما تقول : « فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفي هذه الإجراءات » . أما المنقولات بذواتها فتنقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد البيع ، فيصبح المشتري مالكا في الشيوع مع بقية الورثة للمنقولات الموجودة في التركة بمقدار حصة الوارث البائع ، ولا حاجة في ذلك إلى التسليم . وإذا كان في التركة حقوق شخصية في ذمة مدينها ، فهذه الحقوق تنتقل أيضاً إلى المشتري بملكها شائعة مع بقية الورثة بمقدار حصة الوارث البائع . ولا حاجة هنا أيضاً إلى إعلان مدين التركة أو قبولهم ، فإن الحوالة تنقل الحق إلى المحال له دون حاجة إلى إعلان المدين أو قبوله . وسنرى أن هذا الإعلان أو القبول لازم لصيرورة الحوالة نافذة في حق مدين التركة وفي حق الغير (١) .

أما إذا كان على التركة ديون ، فهذه لا تنتقل إلى المشتري كما تنتقل الديون في حوالة الدين . وذلك لأن القاعدة المعروفة ، وهي ألا تركة إلا بعد سداد الدين ، تمنع من انتقال الديون إلى الوارث . فالمشتري ، عندما اشترى حصة الوارث ، اشتراها خالصة من الديون التي على التركة ، وقبل أن يأخذ شيئاً من التركة يجب وفاء هذه الديون منها . فإذا وفيت الديون جميعاً خلص للمشتري حصة الوارث التي اشتراها ، دون أن ينتقل إليه شيء من هذه الديون (٢) .

١٣٢ - تسليم الوارث البائع مستحقات حصته للمشتري : ويلتزم الوارث البائع بأن يسلم ما اشتملت عليه حصته في التركة من عقارات ومنقولات وحقوق شخصية وغير ذلك إلى المشتري . ويدخل في ذلك جميع الثمرات والريع

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٠ .
(٢) وفي القانون الفرنسي أيضاً لا تنتقل الديون إلى المشتري ، بل يبقى الوارث مستولاً عليها ويرجع بها على المشتري . ولكن ليس ذلك لأن ديون المورث لا تنتقل إلى الوارث ، فهي تنتقل إليه في القانون الفرنسي ، ولكن لا يمكن نقلها بعد ذلك فيما بين الأحياء من الوارث إلى المشتري لأن حوالة الدين غير معروفة في القانون الفرنسي (بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٩٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *cession des droits succes.* فقرة ١٢) .

والمتجات التي نشأت عن هذه الأموال من وقت افتتاح التركة إلى وقت التسليم سواء كان البائع قد قبضها أو لم يقبضها ، فإن كان قد قبضها وجب عليه ردها للمشتري . وبدخل أيضاً - ما لم يوجد اتفاق صريح بخلاف - ما عسى أن يكون الوارث قد استفاد من الديون التي للتركة (١) ، وثمن ما عسى أن يكون قد باعه من مشتملات التركة للتغير قبل أن يبيع حصته (٢) ، وما عسى أن يكون قد استهلكه من هذه المشتملات لاستعماله الشخصي (٣) . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٥ مدني ، فهي تقول كما رأينا : « إذا كان البائع قد استفاد بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استولى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » . أما إذا كان قبل بيع حصته قد تبرع بشيء من مشتملاتها ، فالأصل أن يرد قيمتها للمشتري (٤) ما لم يتفق معه على ألا يرد شيئاً .

ويلتزم الوارث أن يسلم المشتري مشتملات حصته في الحالة التي تكون عليها وقت بيع الحصة ، لا وقت موت المورث أي وقت افتتاح التركة . وإذا كانت قيمة هذه المشتملات قد زادت بسبب تحسينات أنفق عليها الوارث ، كترميمات وإصلاحات وتعمير ونحو ذلك ، فهذه كلها تكون للمشتري ، إذ هي قد دخلت

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ .
(٢) أما ببيع حصته ، فإنه لا يستطيع أن يبيع من أجنبي شيئاً من مشتملات التركة . هذا ولا يرد إلا ثمن ما باعه ولو كان أقل من قيمته ، لأنه وقت أن باع كان يبيع ما يملك إذ لم يكن قد باع حصته من التركة ، فلا يكون مسئولاً إلا عما قد ساء من المكسب أي الثمن الذي قبضه (بودري وسينيا فقرة ٨٧٥ ص ٩٠٤) .

(٣) أنبكلويدي دالوز ١ لفظ *cession des droits succés* فقرة ٧٢ - أوبري وروه فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ .

(٤) فقد استفاد منها ، إذ كان يتبرع من ماله الخاص لو لم يجد مال التركة تحت يده . وقد كان هذا هو الحكم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم (بودري وسينيا فقرة ٨٧٦ - وانظر أيضاً : أوبري وروه فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٥٩ ص ٥٥٧ - أنبكلويدي دالوز ١ لفظ *cession des droits succés* فقرة ٧٤ - الأستاذين أحمد نجيب الهلايل وحامد زكي فقرة ٦١٩ ص ٦٢٣ - الأستاذ أنور سلطان - مرة ٤٢ ص ٤ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٤ - الأستاذ منصور مصطف منصور ص ٢٨٧ هامش رقم ١) .

في الحساب عند تقدير الثمن . وقد يكون الوارث قد حصل بعد موت المورث على تأمين لدين للتركة كرهن أو كفالة ، فهذا التأمين يكون للمشتري ، فقد اعتد به عند حساب الثمن (١) . كذلك إذا كانت مشتملات الحصة المبعة قد أصابها تلف أو هلك بعضها ، فهذا كله يتحملة المشتري ، لأن هذا الهلاك أو التلف لا بد أن يكون قد حسب حسابه عندما حدد الثمن . ويستوى أن يكون التلف أو الهلاك قد حدث بسبب أجنبي أو بخطأ من الوارث ، ففي الحالتين قد دخل في الحساب (٢).

وإذا كان حق من حقوق التركة قد انقصى باتحاد الذمة بسبب الميراث ، فإن هذا الحق ، بعد أن باع الوارث حصته ، يعود إلى الوجود وينتقل إلى المشتري سواء كان الحق شخصياً أو عينياً . مثل الحق الشخصي أن يكون الوارث مديناً للمورث ثم يرثه فينقضى الدين باتحاد الذمة ، ثم يبيع حصته ، فيعود الدين في ذمته للمشتري (٣) . ولكن الكفالة الشخصية أو العينية التي انقضت باتحاد الذمة لا تعود ، حتى لا يضار الكفيل وهو من الغير . وهذا بخلاف الرهن الذي يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه ، فانه يعود مع الدين ، مع الاحتفاظ بحقوق الغير التي ترتبت لهم على العين المرهونة . ومثل الحق العيني أن يكون على عقار للمورث حق ارتفاق لمصلحة عقار مملوك للمورث ، فينقضى حق الارتفاق هذا باتحاد الذمة عند الميراث ، فإذا باع الوارث حصته عاد حق الارتفاق إلى الوجود لمصلحة العقار المرتفق الذي انتقل إلى المشتري . وهذا ما لم يكن الوارث قد

(١) بودوى سبينا فقرة ٨٧٧ و فقرة ٨٨٢ .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٩ - بودوى وسبينا فقرة ٨٧٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٧ - أما إذا كان التلف قد حصل بفش من الوارث ، بأن يكون مثلاً قد أطلع المشتري على مشتملات التركة ثم أخفى بعضها أو أتلفه عمداً أو تعدد عدم قطع التقادم أو عدم قيد الرهن أو عدم تجديده النيد ، فإن كان ذلك قبل بيع الحصة اعتبر قدليماً من جانب الوارث يجعل البيع قابلاً للإبطال ، وإن كان بعد بيع الحصة اعتبر إخلالاً من جانب الوارث بالتزاماته كبائع فيستوجب مسئولية التقديرة (أنظر بودوى وسبينا فقرة ٨٨٠) .

(٣) وسنرى أن الوارث إذا كان دائناً للمورث ثم ورثه ، ثم باع حصته في الميراث . فإنه يستوفى حقه في الرجوع على التركة بالدين الذي له عليها ، ولا ينقضى هذا للدين باتحاد الذمة (م ٤٧٩ مدني) : أنظر مايل فقرة ١٣٤ .

باع عقاره المرتفق به غير مثقل بحق الارتفاق قبل بيع الحصة ، ففي هذه الحالة لا يعود حق الارتفاق حتى لا يضار المشتري لهذا العقار ، ويغلب أن يكون هذا قد دخل في حساب ثمن الحصة (١) .

ولا يدخل في مشتريات التركة ما ليست له قيمة مالية مقصودة ، إذ المفروض أن المشتري إنما اشترى القيمة المالية لحصة الوارث . فلا يدخل ما يصيب الوارث من أوراق المورث الشخصية وأوسمته وبراءات الرتب والأوراق المثبتة للنسب والشهادات المدرسية والصور العائلية وما إلى ذلك ، هذا ما لم يكن لهذه الأشياء قيمة مادية أدخلها المشتري في حسابه باتفاق خاص مع الوارث (٢) . كما لا يوجد ما يمنع من أن يتفق الوارث مع المشتري على استثناء بعض مشتريات التركة من البيع وإن كان لهذه المشتريات المستثناة قيمة مالية ، فيستثنى الوارث مثلاً بعض منقولات التركة أو داراً كان يسكن فيها وما إلى ذلك . ولا بد أن يكون الاتفاق على هذا الاستثناء اتفاقاً صريحاً ، ويفسر تفسيراً ضيقاً ، فلا يتناول إلا الأشياء التي ذكرت دون توسع .

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بودرى وسينيا فقرة ١٨٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٦٠ مكررة - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٦٥ . أما إذا كان لعقار الوارث حق ارتفاق على عقار في التركة وانقضى باتحاد الذمة ، ثم باع الوارث حصته ، فإن حق الارتفاق يعود لمصلحته ويغفل العقار المرتفق به كما كان .

وقد يقع أن يبيع الوارث حصته في الميراث مع وجود وصية تركها المورث بثلاث تركته مثلاً . فالمفروض في هذه الحالة أن الوارث باع حصته بعد استئصال الوصية ، أي باع حصته في ثلثي التركة لافي التركة كلها . فإذا تبين بعد ذلك أن الوصية باطلة ، وأن الوارث تنازل حصته كل التركة لاثلاثها فقط ، فالظاهر أن الوارث يستبقى حصته في ثلث التركة إذ هي لم تدخل في البيع . هل أن المسألة مرهونة بنية المتعاقدين . فإن كان الوارث قد أراد أن يبيع كل حصته في التركة هل تقدير أن الوصية صحيحة ، فإنه يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطالب الوارث بما زاد في حصته بسبب بطلان الوصية على أن يزيد له في الثمن بنسبة الزيادة . وإن كان الوارث عند بيعه حصته قد دخل في تقديره احتمال بطلان الوصية وما يترتب على بطلانها من زيادة حصته ، وأدخل ذلك في حسابه عند تحديد الثمن ، فإن البيع يكون احتمالياً من هذه الناحية ، وإذا أبطلت الوصية كان للمشتري ما زاد في حصته الوارث دون أن يزيد شيئاً في الثمن (قارب بودرى وسينيا فقرة ٨٠٥) .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش ٤ مكررة - بودرى وسينيا فقرة ٨٨٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٦٣ - الأصنافان أحمد نجيب الهلاي وحامد دكي فقرة ٦٢٢ .

١٣٣ - الضمان : رأينا أن المادة ٧٣ ، مدني تنص على أن « من باع

تركة دون أن يفصل مشتلاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » . فالوارث عندما يبيع حصته في التركة لا يبيع أموالاً معينة بالذات ، ولكنه يبيع حصته في مجموع من المال أباً كانت قيمة هذا المجموع . وهذا هو الذي يميز بيع التركة عن غيره من البيوع . فالوارث إذن لا يضمن للمشتري أن يدخل في حصته أى مال معين ، أو أن تكون لهذه الحصة قيمة معينة . فإذا كان المشتري قد حسب وقت شرائه للحصة أن مالاً معيناً سيدخل في هذه الحصة ولم يدخل ، إما لأنه دخل في حصة غير بائعة من الورثة وإما لأنه لم يدخل في التركة أصلاً إذ استرده المستحق له ، فإنه لا يرجع على الوارث بضمان الاستحقاق . وإذا دخلت العين في الحصة المباعة ، وتبين أن بها عيباً خفياً ، لم يضمن الوارث للمشتري هذا العيب . وإذا تبين أن قيمة الحصة أقل مما قدره المشتري ، بل إذا تبين أن التركة مستغرقة بالديون فليست لحصة الوارث أية قيمة ، أو أن حصة الوارث هي الربع لا الثلث ما لم يكن هناك غلط جوهرى في قيمة البيع ، لم يرجع المشتري بالضمان على الوارث ، لأن البيع هنا عقد احتمالى كما قدمنا ، وقد أقدم المشتري عليه بعد البحث والتحصيل ، فهو الذى يجنى الكسب ويحمل الخسارة (١) .

فلا يضمن الوارث إذن للمشتري إلا شيئاً واحداً ، هو أنه وارث ، أى ثبوت وراثته في التركة (٢) . فيضمن أولاً أن التركة قد فتحت فعلاً ، لأنه إذا تبين أن الوارث قد باع تركة مستقبلية فالبيع باطل كما قدمنا . ويضمن بعد ذلك أنه يرث في هذه التركة ، فإذا تبين أنه ليس من الورثة فإنه يكون قد باع ما لا يملك ، ويكون البيع قابلاً للإبطال وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير ، ويجوز للمشتري قبل أن يسترد الوارث الحقيقى أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع واسترداد الثمن الذى دفعه مع التعويض إن كان وقت أن اشترى الحصة مجهولاً أن البائع ليس بوارث . ويضمن الوارث البائع أخيراً أى عمل من أعماله الشخصية

(١) كذلك لا يضمن الوارث ملاءة مدين التركة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ٢٠٨ .

التي تتعارض مع كونه وارثاً باع حصته ، كأن بيع هذه الحصة مرة أخرى ، أو أن يبيع شيئاً من مشتملاتها ، أو أن يستوفى ديناً لها .

على أنه يجوز الاتفاق على تشديد هذا الضمان ، فيشترط المشتري على الوارث أن يضمن له قيمة معينة للحصة إذا زلت دفع الوارث الفرق للمشتري (١) ، أو أن يضمن له دخراً مال معين بالذات في الحصة المبيعة . وقد يكون هذا الاتفاق ضريبياً ، كأن يفصل المشتري مشتملات الحصة التي يشترها ، فيذكر أنها تشتمل على كذا وكذا من العقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى . فكل ما ذكر يكون الوارث ضامناً لدخوله في الحصة المبيعة ، وإذا لم يدخل لأى سبب رجع المشتري على الوارث بضمان الاستحقاق (٢) . بل قد يرجع أيضاً بضمان العيب ، إذا اشترط ذلك صراحة أو ضمناً .

وجوز الاتفاق على تخفيف الضمان فيشترط الوارث على المشتري مثلاً أنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه ، أياً كان عددهم ومهما بلغ مقدار حصصهم . بل يجوز الاتفاق على عدم ضمان الوارث لثبوت وراثته أصلاً ، فيكون ما يبيعه الوارث في هذه الحالة هو مجرد احتمال أن يكون وارثاً . ويظهر ذلك بوجه خاص في تحديد الثمن ، فإن العقد في هذه الحالة يصبح عقداً احتمالياً محضاً ، ويكون الثمن مخفضاً تخفيضاً يواجهه هذا الاحتمال (٣) .

(١) وقد يؤخذ ذكر قيمة الحصة في عقد البيع قرينة على أن المشتري قد اتفق مع الوارث على ضمان هذه القيمة (قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٩٢٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٥) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٩٦ .

(٣) انظر في كل ذلك بودرى وسينيا فقرة ٨٨٦ - فقرة ٨٩١ - وإذا اشترط الوارث أنه لا يضمن حتى ثبوت وراثته ، وثبت بعد ذلك أنه ليس بوارث ، لم يضمن ، ولكن يجب عليه أن يرد الثمن الذي أخذه ، إلا إذا اشترط أيضاً عدم رده (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨) . ومع ذلك إذا ثبت غش الوارث وأنه كان يعلم وقت البيع أنه ليس بوارث ، وجب عليه رد الثمن والتمتع به حتى لو اشترط عدم الضمان (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٦٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٩٦) .

١٣٤ - التزامات المشتري : يلتزم المشتري أن يدفع للوارث الثمن المتفق

عليه والمصروفات والفوائد ، شأنه في ذلك شأن كل مشتري آخر (١) . ويلتزم فوق ذلك أن يرد للوارث ما عسى أن يكون هذا قد دفعه من تكاليف التركة . فما دفعه الوارث في تجهيز الميت - المورث - وفي ضريبة التركات التي تقع على حصته الميعة وما إلى ذلك من تكاليف يسترده من المشتري ، لأن هذه هي العناصر السلبية لمجموع المال الذي اشتراه المشتري من الوارث .

أما ديون التركة فهذه لا يلتزم بها المشتري ، لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها ، وذلك وفقاً للمبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية وهو يقضي بالأثركة إلا بعد سداد الدين (٢) . فالتركة هي التي تقوم بسداد ديونها أولاً ، وما بقي بعد ذلك فهو ميراث ، والوارث إنما باع حصته في هذا الميراث بعد استئزال الديون . ولكن يجوز أن يكون الوارث قد دفع من ماله حصته في دين على التركة ، فيرجع بما دفعه على المشتري ، لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث ، إذ خلصت له الحصة دون أن يستئزل منها هذا الدين . كذلك قد يكون الوارث دفع ما يصيب حصته في وصية تركها المورث ، فهنا أيضاً ولنفس السبب يرجع الوارث على المشتري بما دفع . وهناك رسم يدفع على انتقال التركة للوارث ، وهو رسم على انتقال الملكية من المورث إلى الوارث ويسمى رسم الأيلولة . فهذا يدفعه الوارث في مقابل انتقال حصته في التركة إليه ، ولا يرجع به على المشتري ، لأنه هو

(١) والتمن مضمون بحق امتياز على الحصة الميعة ، ويجب قيد هذا الامتياز بالنسبة إلى المقارنات (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ ص ٤٥٩) - وإذا كان الوارث البائع قاصراً واشتلت حصته على عقارات ، وكان في الثمن فهما يقابل المقارنات غبن يزيد على الخمس ، جاز طلب تركة الثمن إلى أربعة أخماس من المثل . وتقوم المقارنات بحسب قيمتها وقت البيع ، وتوازن هذه القيمة بحسب من الثمن بنسبة قيمة المقارنات إلى قيمة مجموع مشتلات الحصة لمعرفة ما إذا كان هناك غبن يزيد على الخمس (م ٢٥٠ مدني) : انظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٧ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes.* فقرة ٤٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع المتهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب اللال وحامد زكي فقرة ٦٢١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٧ - الأستاذ سليه - نفس فقرة ٢٩٨ .

الذى استفاد منه فقد انتقلت إليه ملكية الحصة واستطاع بذلك أن يبيعها (١) .
أما المشتري فيدفع رسم البيع الذى انتقلت بموجبه ملكية الحصة إليه من الوارث ،
وهذا الرسم يدخل فى مصروفات البيع التى يلتزم بها المشتري (٢) .

وقد يكون للوارث دين فى ذمة المورث ، فهذا الدين تلتزم به التركة
ولا ينقضى بانحاد الذمة لأن ديون المورث لا تنتقل إلى ذمة الوارث . فيكون
للوارث أن يطالب التركة بماله من الدين ، ويتحمل المشتري نصيب الحصة
المبيعة فى هذا الدين ، أى أنه يحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ويتحمل
المشتري نصيبه فى ذلك باعتباره مالكا للحصة المبيعة . وإلى هذا كله تشير
المادة ٤٧٦ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول : «يرد المشتري للبائع ما وفاء هذا
من ديون التركة ، وبحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق
يقضى بغير ذلك » .

فيجوز إذن الاتفاق على تشديد هذه الالتزامات أو على تخفيفها . يجوز
مثلا الاتفاق على أن يدفع المشتري رسم الأيلولة ، فهذا تشديد فى التزامات
المشتري . كما يجوز الاتفاق على ألا يرد المشتري للبائع ما وفاء هذا من ديون
التركة أو الوصايا ، أو على ألا يحسب للوارث البائع ما كان دائناً به للتركة ،
وهذا تخفيف فى التزامات المشتري .

(١) ولكن من ناحية قوانين الضرائب يكون المشتري مشتولا بالتضامن مع الوارث البائع
من سداد هذه الضريبة ، إذا تم البيع قبل مضى عشر سنوات من وقت انتحار التركة . فقد نصت
المادة ٤٥ من قانون ضريبة التركات الصادر فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٤٤ على أنه « يجب على كل
من يشتري عقاراً أو أى حق آخر من الحقوق العينية آيلاً إلى البائع من تركة أو من وصية ، ولم
يكن قد مضى على وفاة المورث أو الموصى أكثر من عشر سنوات ، أن يتثبت قبل التعاقد من
الوفاء بالرسوم المطلوبة للحكومة ، وإلا كان مشتولا بالتضامن مع الوارث البائع عن وفاء الرسوم
المتأخرة . وكل من يشتري منقولات مع علمه بعدم وفاء رسوم الأيلولة يكون مشتولا بالتضامن
عن دفعها مع الوارث البائع » (انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٤ ص ٤٢١) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بودرى وسبينا فقرة ٨٩٤ - بلانيول
وربيير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ .

ثانيا - حكم هذا البيع بالنسبة الى الغير :

١٣٥ - الغير هذا طوائف ثلث : يمكن تمييز طوائف ثلاث من الغير في بيع التركة . الطائفة الأولى هم الورثة الآخرون غير الوارث البائع . والطائفة الثانية هم دائنو التركة ومدينوها . والطائفة الثالثة هم الخلف الخاص للوارث . بائع أى كل شخص تلقى من الوارث البائع حقاً على عين أو دين من مشتملات الحصة المبيعة . ولما كان الحكم يختلف بالنسبة إلى كل طائفة من هؤلاء ، فنستعرضهم متعاقبين طائفة بعد الأخرى .

١٣٦ - الورثة الآخرون : هؤلاء ليسوا طرفاً في البيع الذى تم بين الوارث البائع والمشتري ، فلا يكسبون من هذا البيع حقاً ولا يترتب في ذمتهم التزام . ولكن البيع الذى تم جعل المشتري شريكاً لهم في الشروع في جميع مشتملات التركة ، من عقارات ومقتولات وديون ، بمقدار حصة الوارث البائع وقد حل المشتري محلاً بموجب البيع . فمن حقهم الاعتداد بهذا البيع ولو لم يعلن لهم ، ويتقاسمون التركة مع المشتري باعتباره شريكاً لهم ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع فقد أخرج بالبيع عن أن يكون هو الشريك . ومن حق الورثة ، قبل صدور البيع من الوارث ، أن يتقاسموا مع هذا الوارث ، فنفرز حصته . ويقع البيع عليها مفرزة لاشاعة ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق المشتري من الوارث كخلف خاص ينصرف إليه أثر العقد الصادر من سلفه متعلقاً بالشئ المبيع . أما بعد البيع ، فإذا كان الورثة الآخرون لم يخطروا به ، كان من حقهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع ، لأن المفروض أنهم لا يعلمون بالبيع (١) . فإذا بدأت إجراءات القسمة ، واستطاع المشتري أن يخطرهم (٢)

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩١٠ - ويعتبر المشتري من الوارث في هذه الحالة ، بالنسبة إلى سائر الورثة ، دائناً للوارث البائع . وقد تمت القسمة قبل أن يتدخل المشتري ، فليس له أن يعلن فيها إلا في حالة الفسخ (م ٢/٨٤٢ مدني) - وهذا لا يمنع ، كما قدسنا ، من أن تتقاسم الورثة التركة مع المشتري ، حتى قبل أن يخطروا بالبيع ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع . (٢) والإخطار ليس له شكل خاص ، ولكن يجب إثباته إذا أنكرته الورثة وفقاً للقواعد العامة في الإثبات .

بالباع قبل أن تتم ، كان للمشتري أن يتدخل في القسمة (١) ، بل له أن يطلب إخراج الوارث من الإجراءات وأن يحل محله فيها فيكون هو المتناهي مع سائر الورثة . وإذا كان الورثة قد أخطروا بالبائع قبل إجراءات القسمة فليس لهم أن يتناهيوا مع الوارث البائع فقد باع حصته للمشتري ، ويكون المتناهي معه غير نافذ في حق المشتري . ولا يجوز للورثة أن يتناهيوا إلا مع المشتري ، فهو الذي أصبح شريكاً لهم في الشروع مكان الوارث البائع وقد أحيطوا علماً بذلك عن طريق الإخطار (٢) .

١٢٧ - دائر التركة ومبرمها : أما دائر التركة فيبقون ، بالرغم من بيع الوارث لحصته ، دائنين للتركة ذاتها ، لا للوارث ولا للمشتري منه كما سبق القول ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . فيستوفون ديونهم من أموال التركة (٣) مقدمين على الورثة وعلى غيرهم من موصي لهم أو ممن يتلقى حقاً من

(١) باعتباره دائماً لأحد الشركاء وهو الوارث البائع (م ٨٤٢ / مدني) .
(٢) ولما كان الوارث قد باع حصته لأجنبي غير وارث ، فإنه يجوز للورثة الآخرين قبل القسمة استرداد هذه الحصة ، وفقاً للمادة ٨٢٣ مدني وهي نص على أن « الشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلانه به ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفق » ٢ - وإذا تمدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته . انظر أوبري ورو ٥ - فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ٣٦٠ مكررة ص ٤٦١ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ - فقرة ٢٣٩١ - كولان وكايتشان ٢ - فقرة ٩٧١ - أنسيلويدي دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes* فقرة ١٤٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤١ ص ٤١٨ .
كذلك إذا كان الورثة الآخرون ينازعون في وراثة الوارث البائع ، فنحن نحققهم أن يستردوا الحصة المبيعة كما يسترد أي حق متنازع فيه (الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٨٥ هامش رقم ١) .

(٣) ومن ثم لا يكون هناك محل لحالة الدين من الوارث إلى المشتري ، فإن الوارث نفسه غير مدين ، بل التركة . ويترب على ذلك أنه لا يلزم اتخاذ إجراءات حوالة الدين (الأستاذ عبد المنعم الدراوي فقرة ٤١٢ ص ٦٠٢ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٩ ص ١٤٦٣ ، وهذا بخلاف إجراءات حوالة الحق فيجب اتحاده لأن حقوق التركة تنتقل إلى الوارث ووصولها إلى المشتري .

الورثة كالمشتري من الوارث البائع . وإذا تسلم المشتري مشتملات الحصة المبيعة ، فإن ما تسلمه يبقى مسئولاً عن ديون التركة ، ولدائياً أن يتبعوا هذا المال في يد المشتري وينفذوا بحقوقهم عليه ، على النحو الذى سنبينه عند الكلام في تصرف الوارث في أموال التركة المدينة قبل سداد الدين (١).

أما مدينو التركة فهؤلاء يكونون بالبيع مدينين للمشتري من الوارث لأن الوارث، تنتقل إليه حقوق التركة بخلاف مدينها ، فيحول بالبيع هذه الحقوق للمشتري منه ، وتسمى القواعد العامة المتعلقة بحوالة الحق . ومن أهم هذه القواعد أن الحوالة لا تكون نافذة في حق مدينى التركة إلا إذا قبلوها أو أعلنوا بها (م ٤٧٤ مدني) (٢). فإذا لم يقبلوها الحوالة ولم يعلنوا بها ، ووفروا الوارث البائع حصته من الديون التي في ذمتهم للتركة ، كان هذا الوفاء نافذاً في حق المشتري . ولا يبقى للمشتري إلا الرجوع بالضمان على الوارث البائع ، فقد قدمنا أنه ضامن لإتمام الشخصية ، واستيفاءه لديون التركة بعد بيع حصته يعتبر عملاً شخصياً من جانبه يستوجب الضمان .

١٢٨ - **الخصائص الخاصة للوارث البائع** : يمكن أن نصدر أن الوارث قد باع -- بعد البيع الصادر منه للمشتري أو قبل هذا البيع -- شخص آخر شيئاً من مشتملات حصته ، عقاراً أو منقولاً أو ديناً للتركة . فيكون هذا الخصائص الوارث مبيعاً من الغير في البيع الصادر قبل ذلك أو بعد ذلك للمشتري حصته الوارث . ويجوز أيضاً ، بدلالة أن بيع الوارث من مشتملات حصته عيناً بالذات ، أن يبيع نفس الحصة كمجموع من المال لمشتري آخر ، فيكون هذا المشتري الآخر من الغير أيضاً .

فهؤلاء الأغيار - المشتري العقار المعين أو المنقول المعين أو الدين الذى للتركة أو حصته الوارث - مجموعها - لا يبرىء من بيعهم البيع الصادر من الوارث للمشتري ، إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت

(١) أطر مابل فقرة ١٩١ - فقرة ١٩٤ .

(٢) الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٤١٢ .

عليه التركة . وهذا ما نصت عليه سراحة المادة ٤٧٤ مدني كما رأيت ، إذ نقول ،
« إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري
الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة (١) » . وقد حمى هذا
النص خلافاً لا يزال قائماً في الفقه الفرنسي في هذه المسألة وأخذ بالرأى الراجح
في هذا الفقه (٢) ، وكان هذا أيضاً الرأى الراجح في عهد التفتين المدني السابق
ولم يكن هذا التفتين يشتمل على نص مماثل للمادة ٤٧٤ مدني (٣) .

فإذا كان الغير مشترى العقار بالذات من مشتملات الحصة المبيعة ، فسواء
اشتراه قبل بيع الحصة أو بعدها ، فإن المشتري للحصة لا يقدم عليه إلا إذا سجل
البيع في خصوص هذا العقار قبل أن يسجل مشتري العقار البيع الصادر إليه ،
وأيهما سبق الآخر في التسجيل كان هو المقدم (٤) . ذلك أن المشتري للحصة

(١) وقد رأينا أن المادة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « إذا نص
القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .
وقدنا مثلاً لذلك التسجيل في العقار ، فهو واحد في نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ،
فوجب التسجيل حتى تنتقل ملكية عقار بالذات حتى فيما بين الوارث البائع والمشتري خاصة هذا
الوارث (انظر آتفاقرة ١٣١) .

(٢) فني الفقه الفرنسي آراء ثلاثة : رأى يذهب إلى صيرورة بيع الحصة نافذاً في البيع
باختصار نافي البروتة هذا البيع . ورأى ثان يحمل هذا البيع نافذاً في حق الغير دون ذلك . وإلى أن
إجراءات . ورأى ثالث لا يحمل هذا البيع نافذاً في حق الغير إلا باتخاذ الإجراءات الخاصة بصيرورة
البيع نافذاً في حق الغير في العقار بالنسبة إلى عقارات الحصة المبيعة ، وفي قبول الملكية إلى
متقولات هذه الحصة ، وفي حوالة الحق بالنسبة إلى الديون التي لهذه الحصة . أصدر هذه الآراء
الثلاثة بودوي وسينيا فقرته ٩٠٣ - فقرة ٩١٠ - وانظر في أن الرأى الثالث هو الرأى الراجح
جيوار ٢ فقرته ٨٦٦ - لوارن ٢٤ فقرته ٤٧٨ - أوبري ورو فقرته ٣٥٩ ثالثاً هامبرغم ٢٤ -
بودوي وسينيا فقرته ٩٠٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرته ٣٥٦ كولان وكايشان
٢ فقرته ٩٧٢ - أنسيكل ميدي دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes.* فقرته ٣٠٥ -
فقرة ٥٦ . وقارن هيك في حوالة الحق فقرته ٣٠٦ - بلانيول وريبير وبولونجي ٢
فقرة ٢٣٦٣ .

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الحلالي وحامد زكي فقرته ٦٢٤ - فقرة ٦٢٥ .

(٤) وقد يكون الغير تلقى من الوارث حقاً عينياً غير الملكية ، حق انتفاع أو حق ارتفاق
أو حق رهن أو غير ذلك ، فالمبرة هنا أيضاً بالأسبقية في التسجيل أو في التعيين . وقد يكون
دائن الوارث حيز على عقار من مشتملات الحصة المبيعة ، فإذا لم يسجل الدية قبل أن يسجل
المشتري الحصة البيع قدم على هذا المشتري (بودوي وسينيا فقرته ٩٠٧) .

الوارث كما يعتبر مشترى لهذه الحصة في مجموعها ، يعتبر كذلك مشترى لكل عقار بالذات ولكل منقول بالذات ولكل دين بالذات تشمل عليه هذه الحصة ، فوجب استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق من هذه الحقوق .

وكذلك الحكم في المنقول ، تنتقل ملكيته بمجرد البيع ، فإذا كان يبيع الحصة سابقاً على بيع منقول بالذات انتقلت ملكية المنقول إلى مشري الحصة دون مشري المنقول ، وإذا كان العكس انتقلت الملكية إلى مشري المنقول دون مشري الحصة . على أن أياً منهما يتسلم المنقول بحسن نية قبل الآخر تنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة ، فيفضل على صاحبه .

وكذلك الحكم في دين للتركة ، لا تنتقل ملكيته لمشري الحصة بالنسبة إلى مشري لهذا الدين بالذات إلا إذا قبل مدين التركة بيع الحصة أو أعلن به قبل أو قبل شراء الدين أو قبل أن يعلن به ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق .
ويعتبر مشري الدين على مشري الحصة ، إذا تمكن مشري الدين من الحصول على قبول المدين قبولا ثابت التاريخ أو أعلنه بالحوالة قبل قبول ثابت التاريخ لبيع الحصة أو إعلان هذا البيع (١) .

وكذلك الحكم أخيراً في حالة ما إذا باع الوارث حصته كمجموع لشخصين على التماقب ، فأى المشترين لحصة الوارث سبق الآخر في التسجيل بالنسبة للعقارات ، أو الحيازة بالنسبة إلى المنقولات ، أو إعلان الحوالة أو التاريخ الثابت لقبولها بالنسبة إلى الديون ، كان هو المقدم . وقد يتقدم في العقارات من آخر في المنقولات أو في الديون ، كما يجوز أن يتقدم في بعض العقارات دون بعض أو في بعض المنقولات أو الديون دون بعض ، حسبما يتفق أن يسبق إليه في الإجراءات الواجبة بالنسبة إلى كل حق .

(١) وقل مثل ذلك في حالة ما إذا حيز دائن الوارث تحت يد مدين التركة ، فإذا كان الحيز سابقاً على إعلان بيع الحصة أو التاريخ الثابت لقبول البيع من مدين التركة ، زاحم الدائن الحاجز مشري الحصة ، وإذا كان العكس قدم مشري الحصة على الدائن الحاجز ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق .

ب - بيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر

(للتخارج)

١٣٩ - التمييز هاتين : إذا باع الوارث حصته في التركة لوارث آخر ، كان هذا هو التخارج المعروف في الفقه الإسلامي (١) . ويجب هنا أن نميز بين حالتين : حالة ما إذا اشترى الوارث الآخر أو الورثة الآخرون حصّة الوارث البائع بثمن دفعوه من ماله الخاص ، وحالة ما إذا اشتروا الحصّة بثمن دفعوه من أموال التركة ذاتها .

ففي الحالة الأولى يكون شأن الوارث المشتري أو الورثة المشتريين شأن المشتري الأجنبي ، فيكون لهم حقوق المشتري الأجنبي والتزاماته ، ويسرى البيع الصادر لهم في حق الغير وفقاً للأحكام التي سبق أن قررناها . فإن كلان المشتري وارثاً واحداً ودفع الثمن من ماله الخاص ، استحق حصّة الوارث البائع وحل محله في التركة . وإن كان المشتري كل الورثة أو ورثة متعددين ودفعوا الثمن من

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن عقد التخارج الذي أجازته الشريعة الإسلامية في أحوال الميراث هو عقد يتنازل بموجبه أحد الورثة لشريكه أو لشركائه في الميراث عن نصيبه في التركة في مقابل شيء معلوم . وليس من الضروري لصحة هذا العقد أن تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعبئة في العقد تعييناً تاماً (٧ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٣٠ ص ٥٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه يصح التخارج حتى لو كانت التركة مدينة ، لأن بيع الوارث نصيبه في التركة يشمل الديون التي لها والتي عليها طبقاً لقاعدة ٣٥٠ مدني (سابق) (١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٠ ص ٢٨٧ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة ص ٣ رقم ١٦ ص ٣٥) . وقضت بأن عقد التخارج لا يحصل إلا من وارث لوارث ، فالبيع الصادر من وارث في حصته في التركة لغير وارث يعتبر بيع استحقاق في التركة ويجب تسجيله (٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢/١٩٦ ص ٩٩٢) . وقضت محكمة أجا بأن عقد التخارج ينطوي بطبيعته على بيع الوارث لنصيب في التركة جزافاً ، وهذا الوصف لا يضمن البائع للمشتري سوى وجود التركة من غير ساء لمشتريها فلا يضمن المتخارج إذ أن استحقاق بعض الأعيان لغيره ، إلا إذا نص في عقد التخرج على الأعيان المتخارج عليها بالذات ونصيب المتخارج فيها (١٩ أبريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢/٥٦٨ ص ٦٩٤) .

ما لم الخاص ، ولم ينص في عقد التخرج على طريقة قسمة حصة الخارج بين الورثة المتعدين ، قسمت هذه الحصة عليهم بالسوية بينهم . وتنص المادة ٤٨ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على هذا الحكم إذ تقول : « التخرج هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم . فإذا تخرج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة ، وإذا تخرج أحد الورثة مع باقيهم ، فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصباهم فيها ، وإن كان المدفوع من ما لم ، ولم ينص في عقد التخرج على طريقة قسمة نصيب الخارج ، قسم عليهم بالسوية بينهم » .

أما في الحالة الثانية فإن التخرج يكون بمثابة القسمة أو الصلح لا البيع ، ذلك أن الورثة الآخرين دفعوا للوارث مالا من أموال التركة ، وتخرجوا بهذا المال على حصة هذا الوارث . وبذلك اختص الوارث المتخرج بمال معين في التركة يقابل حصته ، واختص ماثر الورثة بباقي التركة ، فيكون هذا الاتفاق صلحاً أو قسمة وأفرزت بها حصة الوارث المتخرج . وبغلب أن يكون المقصود بالتخرج الصلح ، إذ يقع نزاع على استحقاق أحد الورثة ، فينتق باقى الورثة معه على أن يأخذ مالا معيناً من التركة وينزل عن ادعاءه في الميراث في باقى التركة (١) . فإذا لم يكن هناك نزاع على ميراث الوارث الخارج ، كان التخرج قسمة (٢) . وهناك قواعد مشتركة في التخرج صلحاً كان أو قسمة ، كما

(١) جاء في الزيلعي : « إن أخرجت الورثة أحدهم من عرض أو عقار بمال ، أو من ذهب بفضة ، أو من فضة بذهب ، صح ، قل ما أعطوه أو أكثر ، لأنه يحمل على المبادلة ، لأنه صلح من عين . ولا يمكن حله من الإبراء ، إذ لا دين عليهم ولا يتصور الإبراء من العين . وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز ، وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الرها لاختلاف الجنس . وفي الأمر أن تناظر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته من ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار ، وقيل حل ثلاثة وثمانين ألفاً ، بمحض من الصحابة . وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال يتخرج أهل الميراث ، أى يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح . ولا يشترط أن تكون أيمان التركة معلومة ، لأنه لا يحتاج فيها إلى التسليم ، وبيع ما لا يعلم قدره في جائز » (الزيلعي ٥ ص ٩ : - ص ٩٠ - وانظر أيضاً تكملة فتح القدير ص ٥٢) .

(٢) وقد تمت بحكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه اذا ظهر من ظروف الأحوال أن عقد التخرج لم يكن الفرض من صلحاً لوضع حد للنزاع الموجود ، فلا يعتبر إلا نزولاً =

أن هناك فروقاً في الأحكام فيما إذا كان التخارج صلحاً أو قسمة ، فنستعرض
الأمريين .

١٤٠ - أمظام مشتركة في الخارج : سواء كان التخارج صلحاً
أو قسمة ، فهو كاشف على الحق لا منشئ له ، لأن هذه هي طبيعة كل من
الصلح والقسمة ، ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - من حيث نقل الملكية : لا ينقل التخارج ملكية مال التركة إلى
الوارث الخارج ، بل يتكشف الأمر عن أن الوارث الخارج يملك هذا المال
مفرزاً منذ البداية عن طريق الميراث . ولما كان هذا الأثر الكاشف لاحتاجة فيه
إلى التسجيل فيما بين الطرفين ، فإن التخارج لا يسجل لإنتاج أثره فيما بين الورثة ،
وإن كان التسجيل ضرورياً لإنتاج أثره بالنسبة إلى الغير (١) . ويترتب على الأثر
الكاشف أيضاً أن جميع الحقوق العينية التي يكون الوارث الخارج قد رتبها على
الأموال الأخرى للتركة تسقط ، حتى لو كانت قد سجلت أو قيدت قبل إجراء
التخارج . إذ يعتبر الوارث لم يملك شيئاً من هذه الأعيان منذ البداية ، فيكون
تصرفه تصرفاً صادراً من غير مالك ، فلا ينفذ إلا بأجازة باقي الورثة (٢) .

ثانياً - من حيث التزامات الطرفين : لا تكون التزامات المتابعين ، بل هي
التزامات المتصلحين أو المتقاسمين . فلا يلتزم الوارث بنقل ملكية الأعيان
إلى الورثة ، إذ يعتبرون مالكيها منذ البداية . ولا يلتزم الورثة بنقل ملكية

= من أحد الورثة من حصته الشائعة في الميراث في مقابل شيء معين بقصد الخروج من الشيوع
(١٦ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ٢٥٩ ص ١٨٣) . انظر أيضاً بلانبول وريير
وهامل ١٠ فترة ٣٥٥ ص ٤٥٣ ، ويشترطون حتى يكون التخارج قسمة طبقاً للقضاء الفرنسي
أن يكون من شأنه إفراز حصة كل من الورثة لا حصص بعضهم دون بعض .

(١) وتسجيل عقد التخارج لينتج أثره نحو الغير واجب ، سواء كان ذلك في عهد للتقنين
الجديد أو في عهد التقنين السابق . ويسبق هذا التسجيل تسجيل إشهاد الورثة (الأستاذ محمد
كامل مرسى فقرة ٢٥٢) . أما في فرنسا فالعقود الكاشفة - ومنها التخارج - لا تخضع
للتسجيل حتى في إنتاج أثرها في حق الغير (بودرى وسينيا فقرة ٩١١) .

(٢) وكذلك إذا تصرف الوارث في منقولات التركة ثم تخارج سقطت تصرفاته ، هذا ما لم
يكن قد سلم المنقول لمشتري حسن النية فيملكه عندئذ بالحيازة (بودرى وسينيا فقرة ٩١٢) .

المال الذى أخذه الوارث الخارج من التركة ، إذ يعتبر مالكا له هو أيضاً منذ البداية كما قدمنا .

ثالثاً - بالنسبة إلى الغير : لا يعتبر باقى الورثة هنا من الغير ، إذ هم الذين تعافدوا مع الوارث الخارج صلحاً أو قسمة (١) . أما دائر التركة فيبقون دائنين لها ، ولم أن يرجعوا بديونهم على الوارث الخارج بقدر ما أخذ من أموال التركة ، ولكن يكون للوارث الخارج في هذه الحالة الرجوع على بقية الورثة بما دفعه من ديون التركة ، لأنهم نصلحوا معه أو تقاسموا على أساس أن حصته الصافية من التركة بعد استئزال الديون هى ما أخذه من المال . أما مدينو التركة فيكونون مدينين لبقية الورثة ، كل بقدر حصته فى الميراث ، ولا شئ من هذه الديون للوارث الخارج فهو قد أخذ نصيبه من التركة ولم يدخل فيه شئ من هذه الديون (٢) . وأما الخلف الخاص ، ممن ترتب لهم حق عيني على الأموال الأخرى للتركة من عقار أو منقول أو دين من جهة الوارث الخارج أو تصرف لهم الوارث الخارج فى حصته كمجموع من المال ، فهو لاه تسقط حقوقهم بموجب الأثر الكاشف على النحو الذى قدمناه ، حتى لو كانوا قد سجلوا أو قيدوا عقود التصرفات الصادرة إليهم قبل التخارج .

١٤١ - الفرق بين التخارج كصلح والتخارج كقسمة: ويختلف حكم التخارج إذا كان صلحاً عن حكمه إذا كان قسمة من وجهين :

(الوجه الأول) فى الضمان : فى الصلح لا يضمن الوارث الخارج حتى صفته كوارث ، إذ هو يدعى الورثة وينازعه الورثة فى ذلك ، ثم يتصلحون

(١) أما كيف يوزع باقى التركة على بقية الورثة ، وكيف تبين سهام كل وارث بما فهم آثر الخارج ، ثم تسقط سهام هذا الوارث فى نظير ما تخارج عليه ويقسم الباقي من التركة على سهام الباقية ، فانظر فى كل ذلك الأستاذ محمد أبوزهرة فى أحكام التركات والموارث ص ٢٦٦ وما بعدها ، وليس هنا موضع بحثها .

(٢) لكن إذا دفع مدين للتركة للوارث الخارج شيئاً من الدين الذى عليه كان هذا الدفع مبرئاً للتركة إذا كان بحسن نية ، لأنه يكون قد دفع للدائن الظاهر (يودرى وسينيا فقرة ٩١٣) . أما إذا أعلن التخارج للمدين ، فلا يمدد دفعه للوارث الخارج مبرئاً للتركة .

على التخارج . فالتخارج هنا صلح لحسم النزاع ، فلا يجوز أن يتجدد النزاع بعد ذلك . أما في القسمة ، فالوارث الخارج بضمن صفته كوارث على النحو الذى بيناه في بيع التركة . وبضمن الوارث الخارج أعماله الشخصية ، سواء كان التخارج صلحاً أو قسمة .

(الوجه الثانى) في الغبن : ففي الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى الغبن على الورثة بدعوى أن المقابل الذى أخذه من مال التركة قليل ، فإن التخارج صلح ولا يستحق الوارث الخارج إلا هذا المقابل قل أو كثر (١) . أما القسمة ، فيجوز نقضها إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس (٢) ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة التركة وقت القسمة . فإذا أخذ الخارج أو غيره من الورثة مالا أقل من قيمة حصته بما يزيد على الخمس ، كان له نقض القسمة ، ولبقية الورثة منع نقض القسمة باكمال الحصة الناقصة ، ويجب رفع دعوى نقض القسمة في خلال السنة التالية لوقوع التخارج (م ٨٤٥ مدنى) .

المطلب الثالث

صلاحية المبيع للتعامل فيه

١٤٢ - متى يكون الشيء صالحاً للتعامل فيه : يكون الشيء صالحاً

للتعامل فيه فيصح أن يكون محلاً للبيع ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له لا يأتى ذلك ، وكان التعامل فيه مشروعاً أو غير ممنوع لا بنص في القانون ولا لمخالفته للنظام العام أو الآداب . وقد نصت المادة ٨١ مدنى على أن

(١) امتحان مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ - ٢١ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ - الأستاذ محمد كامل مرسى
فقرة ٢٥٠ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر أيضاً في جواز إبطال التخارج للغلط أو التدليس أو الإكراه ، قسمة كان أو صلحاً : امتحان مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ (وهذا المكان السابق الإشارة إليه) .

١٥ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية . ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بمجازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية . ونصت المادة ١٣٥ مدني على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً » .

ويمكن أن نستخلص من هذه النصوص أن الشيء لا يكون صالحاً للتعامل فيه ، فلا يصح أن يكون محلاً للبيع ، إذا أبت طبيعته ذلك أو كان التعامل فيه غير مشروع .

١٦ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشيء

١٤٣ - التوسع في فهم معنى طبيعة الشيء : يجب أن نتوسع في فهم معنى « طبيعة الشيء » . فقد يكون عدم الصلاحية للتعامل راجعاً إلى طبيعة الشيء المادية ، أو لأن الشيء متصل بالشخص بحكم طبيعته القانونية أو الانفاقية ، أو بالنظر إلى الغرض الذي خصص له الشيء .

١٤٤ - حرمة الصلابة للتعامل راجع لطبيعة الشيء المادية :

فالشيء لا يصلح للبيع إذا كان بحكم طبيعته المادية يستعصى على التعامل فيه . وقد قلنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن الشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر . فإذا أصبح التعامل ممكناً في بعض النواحي جار ، فأشعة الشمس يحصرها « الفوتوغرافي » ، والهواء يستعمله الكيميائي ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصح أن يكون محلاً للامتلاك . أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا ماله له ، فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسماك في البحر ، ويملكه من يستولى عليه وعندئذ يستطيع أن يتعامل فيه .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ .

١٤٥- حرمة التصرفية للتعامل مع اتصال الشيء بالشخص:

وقد لا يصلح الشيء للبيع لأنه متصل بشخص صاحبه بحكم طبيعته القانونية اتصالاً لا يمكن معه الفكك . مثل ذلك حق الاستعمال وحق السكنى ، فقد نصت المادة ٩٩٧ مدني على أنه « لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي » .

وقد يكون اتصال الشيء بالشخص بحكم طبيعته الانفاقية ، بأن يقع اتفاق يجعل الشيء متصلاً بشخص صاحبه لا يجوز له التصرف فيه . فإذا تلقى شخص هبة أو وصية ، واشترط الواهب أو الموصي ألا يتصرف الموهوب له أو الموصي له في الشيء ، فقد جعل الشرط الشيء متصلاً بالشخص بحيث لا يجوز له النزول عنه إلى شخص آخر . ويكون هذا الشرط صحيحاً إذا كان مبنياً على باعث مشروع ، ومقصوراً على مدة معقولة . فقد نصت المادة ٨٢٣ مدني على أنه « ١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير » . ونصت المادة ٨٢٤ مدني على أنه « إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف مخالف له يقع باطلاً (١) » .

١٤٦- حرمة التصرفية للتعامل مع الغرض الذي خصص له الشيء:

وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الشيء قد يكون غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له . فالأموال العامة لا يصح بيعها لأنها

(١) وتذاكر الأمان ، وتذاكر الجمالة المسارح والملاهي ونحوها ، وعينات الأدوية التي ترسل للأطباء ، المنصوص فيها اتفاق ضمنى على أنها شخصية لا يجوز لصاحبها بيعها . (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٥) .
(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ .

مخصصة لمنفعة عامة ، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم . م ٢/٨٧ مدني) . والمال الموقوف يقتضي الغرض الذي خصص له عدم جواز التصرف فيه . وعدم الصلاحية للتعامل هنا نسبي ، فالملك العام والمال الموقوف إذا كانا لا يصلحان للتصرف فيهما ، فهما يصلحان للإيجار . والمرجع في هذا إلى الغرض الذي خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذي لا يتنافى معه فهو جائز .

٢٩ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية

١٤٧ - المبدأ العام : قد يكون الشيء غير صالح للبيع لأن التعامل فيه غير مشروع . وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن عدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب ، وأن نص القانون الذي يمنع من التعامل يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي أيضاً إلى النظام العام أو الآداب . ويكون الغرض من إيراد النص إما لتوضيح حكم غامض كما في تحريم التعامل في تركة مستقبلية ، وإما لتحديد حكم غير محدد كما في تحديد الربا الفاحش ، وإما لتحريم تفتيزه ظروف البلد الخاصة كما في تحريم بيع الوفاء وكما في الانجرار في الحشيش والخدرات ، وهو على كل حال دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً . فيمكن القول إذن إن البيع يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد (م ١٣٥ مدني) .

وقد عرفنا ماهو النظام العام وما هي الآداب (٢) ، فلا نعود إلى ذلك .

١٤٨ - تطبيقات مختلفة : ونكتفي هنا بأن نشير إلى بعض أمثلة ليوع تخالف النظام العام أو الآداب ، وقد سبق أن استعرضناها تفصيلاً (٣) . فلا

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ ص ٣٩٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٨ .

(٣) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٤١ .

يجوز لأحد النزول عن حرته الشخصية ، ولا يجوز لناخب أن يبيع صورته لمرشح ، ولا يجوز لموظف عام أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لأحد ، ولا يجوز النزول عن الجنسية أو الاسم أو البنية أو الأبرة أو الأهلية أو الولاية . ولا يجوز بيع بيت يدار للمهارة أو القمار ، أو شراء مفروشات له . ولا يجوز بيع الربب والأوسمة والعملة الزائفة . ولا يجوز بيع الإنسان على أنه رقيق .

وكثيراً ما تنص القوانين واللوائح على عدم جواز بيع أشياء معينة أو على تقييد بيعها لاعتبارات تتصل بالمصلحة العامة ، كالصحة والدفاع الوطنى ، كما فى بيع الحشيش والمخدرات والجواهر السامة والحيوانات الموبوءة والأسلحة (١) .

١٤٩ - بيع التركة المتفجرة وبيع الحقوق المتنازع فيها لعمال

الفضاء - اعمالة : وقد عرضنا لمسألتي من هذه المسائل بالتفصيل ، إحداهما فى الجزء الأول من الوسيط (٢) وهى بيع التركة المستقبلية ، والأخرى فى هذا الجزء الرابع (٣) وهى بيع الحقوق المتنازع فيها إلى عمال الفضاء . فنقتصر هنا على الإحالة إلى ما قدمناه فى هذا الشأن .

١٥٠ - بيع العموم : بقى أن نبحث صورة أخيرة من صور البيع غير

المشروع فى حاجة إلى شيء من البيان ، وهى صورة بيع العملاء (clientèle) . فللشخص فى حرفته أو فى تجارته أو فى مهنته الحرية عملاء ألفوا التعامل معه ، فهل يجوز له أن ينزل عن هؤلاء العملاء لغيره من أصحاب حرفته أو تجارته أو مهنته ، فيكون هذا النزول إذا كان بمقابل بمثابة بيع للعملاء ؟

(١) انظر فى هذه المسألة الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى ص ١٣٤ - ص ١٣٦ -
الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ١٢٤ - ص ١٢٥ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٧ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ - فقرة ١١٣ .

لا يوجد نص تشريعى فى هذه المسألة ، إلا النص الوارد فى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنا . فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه : يجب أن يحدد فى عقد البيع ثمن مقومات المحل التجارى غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة . ومقومات المحل التجارى غير المادية - كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون - هى عنوان المحل (enseigne) ، واسمه التجارى (nom commercial) ، والحق فى اجارة المحل (droit au bail) ، والاتصال بالعملاء (clientèle) ، والسمعة التجارية (achalandage) ، والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية (propriété industrielle) . وزى من ذلك أن الاتصال بالعملاء يدخل فى مقومات المحل التجارى ، ويكون أحد عناصره التى تدخل فى البيع . ولكن يلاحظ أن صاحب المحل التجارى لا يبيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال ، بل تبعاً للمحل التجارى ذاته . أما بيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال فلا يجوز ، وإن جاز أن يتعهد بائع المحل التجارى استقلالا ألا ينافس المشتري فى هؤلاء العملاء وألا ينتج متجراً فى مكان يكون من شأنه جذب هؤلاء العملاء إليه ، وذلك بالقدر الضرورى لحماية المتجر المبيع .

وكذلك بيع عملاء الحرفة كعملاء النجار والحديد والخراط والمقاول ، وعملاء المهنة الحرة كعملاء الطبيب والمحامى والمهندس والمحاسب ، على سبيل الاستقلال ، لا يجوز . ولكن ، قياساً على بيع عملاء المتجر ، يجوز بيع عملاء الحرفة وعملاء المهنة الحرة تبعاً لبيع محل الحرفة ذاته أو المكان الذى تباشر فيه المهنة الحرة . فيجوز للطبيب مثلاً أن يبيع عيادته بما فيها من أجهزة ومهمات وأدوات ، وبما تشتمل عليه من حق فى اجارة المكان ، وبمن يتصل بها من العملاء . وللمحامى أو المهندس أن يبيع مكتبه على هذا النحو . بل إن مجرد بيع المتجر أو العيادة أو المكتب يفترض فيه أن حق الاتصال بالعملاء يدخل عنصراً فى البيع .

وقد تردد القضاء الفرنسى فى الأخذ بذلك ، وكان قبلاً يميز بين المتاجر والمهن الحرة ، على أساس أن عملاء المهن الحرة - كعملاء الطبيب والمحامى والمهندس - إنما يختارون من بهاملونه على مقتضى اعتبارات تقوم على الثقة

الشخصية ، فلا يجوز أن يشملهم بيع العيادة أو المكتب (١) . ولكن هذا القضاء استقر أخيراً على عدم التمييز بين المتاجر والمهنة الحرة ، فإن نفقة الشخصية تقوم في الحالتين ما بين العملاء ومن يعاملونه . على أن الطبيب أو المحامي إذا أدخل العملاء محل اعتبار في بيع عيادته أو مكتبه ، فإنه لا يبيع هؤلاء العملاء ويتصرف فيهم كما يتصرف في السلع والمهمات . ولكنه يدخلهم في حساب قيمة العيادة أو المكتب ، فكثرتهم أو قلةهم والاحتمال في أن كثيراً أو قليلاً منهم يقرون عملاء للعيادة أو المكتب بعد بيعه ، كل هذا من شأنه أن يزيد أو ينقص من قيمة المبيع . والطبيب أو المحامي إنما يقدم في الواقع من الأمر خلفه هؤلاء العملاء وبوصيهم بالتعامل معه ، ويتعهد من جانبه ألا ينافس هذا الخلف منافسة غير مشروعة بأن يمنع من فتح عيادة أو مكتب جديد يجذب إليه فيه هؤلاء العملاء . وليس في شيء من هذا - تقديم الخلف للعملاء والتعهد بعدم المنافسة - أمر غير مشروع (٢) .

ويخلص مما قدمناه أن بيع عملاء على سبيل الاستقلال لا يجوز (٣) ، والجواز أن يدخل حق الاتصال بالعملاء عنصراً ثابتاً من عناصر العمل في العيادة أو المكتب عند بيعه (٤) .

(١) انظر أحكام القضاء الفرنسي في بلايول وديريه وعامل ١٩١٠ سنة ١٣١٠ م ١٦٠ - ١٦١ رقم ٣ .

(٢) قاضي فرنسا ١٥ مايو سنة ١٩٦١ م ١٦١ - ١٦٢ - ١ - ٢٢٦ . وانظر أيضاً :
أخرى توريلاند وديريه وعامل ١٠ ص ٤٤٤ - ٤٤٥ رقم ١ - وانظر ماثييه جيمس ١٩٥٧ م
انتقال عملاء المهن الحرة سنة ١٩٣٣ - روبيو Roubieu في الحقوق المدنية والتجارة - دولة
بالصلا في المجلة الدولية لقانون المدني سنة ١٩٣٩ م ٢٤١ - وقد نصت محكمة الاستئناف
المختلطة بأن المبالغ تعتبر أنه تدفوني به عند إذا عو قام باعلان استاذ إلى الدولة ولا يجوز حابه
بموجب إذا دفعه له يوم ماله المشتري ، هذا ما لم يكونه كالتبع بخلافه - روبرم على تاريخ
وإذا اتضح أن سبب انقطاع العملاء عن الشراء من المحل هو زيادة الأثمان عليهم - فلا يجوز
على المبالغ (٢٦ يناير سنة ١٩٤٤ م ١١ ص ٢٩١) . ونصت أيضاً أنه لا يجوز لمبالغ
التراجع للعملاء من الشراء بناتم غير مشروعة (٧ ديسمبر سنة ١٩٤٢ م ٢٤ - ٢٥) .

(٣) بلايول وديريه وعامل ١٢ - ١٣ - ١٤ - ١٥ - ١٦ - ١٧ - ١٨ - ١٩ - ٢٠ - ٢١ - ٢٢ - ٢٣ - ٢٤ - ٢٥ - ٢٦ - ٢٧ - ٢٨ - ٢٩ - ٣٠ - ٣١ - ٣٢ - ٣٣ - ٣٤ - ٣٥ - ٣٦ - ٣٧ - ٣٨ - ٣٩ - ٤٠ - ٤١ - ٤٢ - ٤٣ - ٤٤ - ٤٥ - ٤٦ - ٤٧ - ٤٨ - ٤٩ - ٥٠ - ٥١ - ٥٢ - ٥٣ - ٥٤ - ٥٥ - ٥٦ - ٥٧ - ٥٨ - ٥٩ - ٦٠ - ٦١ - ٦٢ - ٦٣ - ٦٤ - ٦٥ - ٦٦ - ٦٧ - ٦٨ - ٦٩ - ٧٠ - ٧١ - ٧٢ - ٧٣ - ٧٤ - ٧٥ - ٧٦ - ٧٧ - ٧٨ - ٧٩ - ٨٠ - ٨١ - ٨٢ - ٨٣ - ٨٤ - ٨٥ - ٨٦ - ٨٧ - ٨٨ - ٨٩ - ٩٠ - ٩١ - ٩٢ - ٩٣ - ٩٤ - ٩٥ - ٩٦ - ٩٧ - ٩٨ - ٩٩ - ١٠٠ - ١٠١ - ١٠٢ - ١٠٣ - ١٠٤ - ١٠٥ - ١٠٦ - ١٠٧ - ١٠٨ - ١٠٩ - ١١٠ - ١١١ - ١١٢ - ١١٣ - ١١٤ - ١١٥ - ١١٦ - ١١٧ - ١١٨ - ١١٩ - ١٢٠ - ١٢١ - ١٢٢ - ١٢٣ - ١٢٤ - ١٢٥ - ١٢٦ - ١٢٧ - ١٢٨ - ١٢٩ - ١٣٠ - ١٣١ - ١٣٢ - ١٣٣ - ١٣٤ - ١٣٥ - ١٣٦ - ١٣٧ - ١٣٨ - ١٣٩ - ١٤٠ - ١٤١ - ١٤٢ - ١٤٣ - ١٤٤ - ١٤٥ - ١٤٦ - ١٤٧ - ١٤٨ - ١٤٩ - ١٥٠ - ١٥١ - ١٥٢ - ١٥٣ - ١٥٤ - ١٥٥ - ١٥٦ - ١٥٧ - ١٥٨ - ١٥٩ - ١٦٠ - ١٦١ - ١٦٢ - ١٦٣ - ١٦٤ - ١٦٥ - ١٦٦ - ١٦٧ - ١٦٨ - ١٦٩ - ١٧٠ - ١٧١ - ١٧٢ - ١٧٣ - ١٧٤ - ١٧٥ - ١٧٦ - ١٧٧ - ١٧٨ - ١٧٩ - ١٨٠ - ١٨١ - ١٨٢ - ١٨٣ - ١٨٤ - ١٨٥ - ١٨٦ - ١٨٧ - ١٨٨ - ١٨٩ - ١٩٠ - ١٩١ - ١٩٢ - ١٩٣ - ١٩٤ - ١٩٥ - ١٩٦ - ١٩٧ - ١٩٨ - ١٩٩ - ٢٠٠ - ٢٠١ - ٢٠٢ - ٢٠٣ - ٢٠٤ - ٢٠٥ - ٢٠٦ - ٢٠٧ - ٢٠٨ - ٢٠٩ - ٢١٠ - ٢١١ - ٢١٢ - ٢١٣ - ٢١٤ - ٢١٥ - ٢١٦ - ٢١٧ - ٢١٨ - ٢١٩ - ٢٢٠ - ٢٢١ - ٢٢٢ - ٢٢٣ - ٢٢٤ - ٢٢٥ - ٢٢٦ - ٢٢٧ - ٢٢٨ - ٢٢٩ - ٢٣٠ - ٢٣١ - ٢٣٢ - ٢٣٣ - ٢٣٤ - ٢٣٥ - ٢٣٦ - ٢٣٧ - ٢٣٨ - ٢٣٩ - ٢٤٠ - ٢٤١ - ٢٤٢ - ٢٤٣ - ٢٤٤ - ٢٤٥ - ٢٤٦ - ٢٤٧ - ٢٤٨ - ٢٤٩ - ٢٥٠ - ٢٥١ - ٢٥٢ - ٢٥٣ - ٢٥٤ - ٢٥٥ - ٢٥٦ - ٢٥٧ - ٢٥٨ - ٢٥٩ - ٢٦٠ - ٢٦١ - ٢٦٢ - ٢٦٣ - ٢٦٤ - ٢٦٥ - ٢٦٦ - ٢٦٧ - ٢٦٨ - ٢٦٩ - ٢٧٠ - ٢٧١ - ٢٧٢ - ٢٧٣ - ٢٧٤ - ٢٧٥ - ٢٧٦ - ٢٧٧ - ٢٧٨ - ٢٧٩ - ٢٨٠ - ٢٨١ - ٢٨٢ - ٢٨٣ - ٢٨٤ - ٢٨٥ - ٢٨٦ - ٢٨٧ - ٢٨٨ - ٢٨٩ - ٢٩٠ - ٢٩١ - ٢٩٢ - ٢٩٣ - ٢٩٤ - ٢٩٥ - ٢٩٦ - ٢٩٧ - ٢٩٨ - ٢٩٩ - ٣٠٠ - ٣٠١ - ٣٠٢ - ٣٠٣ - ٣٠٤ - ٣٠٥ - ٣٠٦ - ٣٠٧ - ٣٠٨ - ٣٠٩ - ٣١٠ - ٣١١ - ٣١٢ - ٣١٣ - ٣١٤ - ٣١٥ - ٣١٦ - ٣١٧ - ٣١٨ - ٣١٩ - ٣٢٠ - ٣٢١ - ٣٢٢ - ٣٢٣ - ٣٢٤ - ٣٢٥ - ٣٢٦ - ٣٢٧ - ٣٢٨ - ٣٢٩ - ٣٣٠ - ٣٣١ - ٣٣٢ - ٣٣٣ - ٣٣٤ - ٣٣٥ - ٣٣٦ - ٣٣٧ - ٣٣٨ - ٣٣٩ - ٣٤٠ - ٣٤١ - ٣٤٢ - ٣٤٣ - ٣٤٤ - ٣٤٥ - ٣٤٦ - ٣٤٧ - ٣٤٨ - ٣٤٩ - ٣٥٠ - ٣٥١ - ٣٥٢ - ٣٥٣ - ٣٥٤ - ٣٥٥ - ٣٥٦ - ٣٥٧ - ٣٥٨ - ٣٥٩ - ٣٦٠ - ٣٦١ - ٣٦٢ - ٣٦٣ - ٣٦٤ - ٣٦٥ - ٣٦٦ - ٣٦٧ - ٣٦٨ - ٣٦٩ - ٣٧٠ - ٣٧١ - ٣٧٢ - ٣٧٣ - ٣٧٤ - ٣٧٥ - ٣٧٦ - ٣٧٧ - ٣٧٨ - ٣٧٩ - ٣٨٠ - ٣٨١ - ٣٨٢ - ٣٨٣ - ٣٨٤ - ٣٨٥ - ٣٨٦ - ٣٨٧ - ٣٨٨ - ٣٨٩ - ٣٩٠ - ٣٩١ - ٣٩٢ - ٣٩٣ - ٣٩٤ - ٣٩٥ - ٣٩٦ - ٣٩٧ - ٣٩٨ - ٣٩٩ - ٤٠٠ - ٤٠١ - ٤٠٢ - ٤٠٣ - ٤٠٤ - ٤٠٥ - ٤٠٦ - ٤٠٧ - ٤٠٨ - ٤٠٩ - ٤١٠ - ٤١١ - ٤١٢ - ٤١٣ - ٤١٤ - ٤١٥ - ٤١٦ - ٤١٧ - ٤١٨ - ٤١٩ - ٤٢٠ - ٤٢١ - ٤٢٢ - ٤٢٣ - ٤٢٤ - ٤٢٥ - ٤٢٦ - ٤٢٧ - ٤٢٨ - ٤٢٩ - ٤٣٠ - ٤٣١ - ٤٣٢ - ٤٣٣ - ٤٣٤ - ٤٣٥ - ٤٣٦ - ٤٣٧ - ٤٣٨ - ٤٣٩ - ٤٤٠ - ٤٤١ - ٤٤٢ - ٤٤٣ - ٤٤٤ - ٤٤٥ - ٤٤٦ - ٤٤٧ - ٤٤٨ - ٤٤٩ - ٤٥٠ - ٤٥١ - ٤٥٢ - ٤٥٣ - ٤٥٤ - ٤٥٥ - ٤٥٦ - ٤٥٧ - ٤٥٨ - ٤٥٩ - ٤٦٠ - ٤٦١ - ٤٦٢ - ٤٦٣ - ٤٦٤ - ٤٦٥ - ٤٦٦ - ٤٦٧ - ٤٦٨ - ٤٦٩ - ٤٧٠ - ٤٧١ - ٤٧٢ - ٤٧٣ - ٤٧٤ - ٤٧٥ - ٤٧٦ - ٤٧٧ - ٤٧٨ - ٤٧٩ - ٤٨٠ - ٤٨١ - ٤٨٢ - ٤٨٣ - ٤٨٤ - ٤٨٥ - ٤٨٦ - ٤٨٧ - ٤٨٨ - ٤٨٩ - ٤٩٠ - ٤٩١ - ٤٩٢ - ٤٩٣ - ٤٩٤ - ٤٩٥ - ٤٩٦ - ٤٩٧ - ٤٩٨ - ٤٩٩ - ٥٠٠ - ٥٠١ - ٥٠٢ - ٥٠٣ - ٥٠٤ - ٥٠٥ - ٥٠٦ - ٥٠٧ - ٥٠٨ - ٥٠٩ - ٥١٠ - ٥١١ - ٥١٢ - ٥١٣ - ٥١٤ - ٥١٥ - ٥١٦ - ٥١٧ - ٥١٨ - ٥١٩ - ٥٢٠ - ٥٢١ - ٥٢٢ - ٥٢٣ - ٥٢٤ - ٥٢٥ - ٥٢٦ - ٥٢٧ - ٥٢٨ - ٥٢٩ - ٥٣٠ - ٥٣١ - ٥٣٢ - ٥٣٣ - ٥٣٤ - ٥٣٥ - ٥٣٦ - ٥٣٧ - ٥٣٨ - ٥٣٩ - ٥٤٠ - ٥٤١ - ٥٤٢ - ٥٤٣ - ٥٤٤ - ٥٤٥ - ٥٤٦ - ٥٤٧ - ٥٤٨ - ٥٤٩ - ٥٥٠ - ٥٥١ - ٥٥٢ - ٥٥٣ - ٥٥٤ - ٥٥٥ - ٥٥٦ - ٥٥٧ - ٥٥٨ - ٥٥٩ - ٥٦٠ - ٥٦١ - ٥٦٢ - ٥٦٣ - ٥٦٤ - ٥٦٥ - ٥٦٦ - ٥٦٧ - ٥٦٨ - ٥٦٩ - ٥٧٠ - ٥٧١ - ٥٧٢ - ٥٧٣ - ٥٧٤ - ٥٧٥ - ٥٧٦ - ٥٧٧ - ٥٧٨ - ٥٧٩ - ٥٨٠ - ٥٨١ - ٥٨٢ - ٥٨٣ - ٥٨٤ - ٥٨٥ - ٥٨٦ - ٥٨٧ - ٥٨٨ - ٥٨٩ - ٥٩٠ - ٥٩١ - ٥٩٢ - ٥٩٣ - ٥٩٤ - ٥٩٥ - ٥٩٦ - ٥٩٧ - ٥٩٨ - ٥٩٩ - ٦٠٠ - ٦٠١ - ٦٠٢ - ٦٠٣ - ٦٠٤ - ٦٠٥ - ٦٠٦ - ٦٠٧ - ٦٠٨ - ٦٠٩ - ٦١٠ - ٦١١ - ٦١٢ - ٦١٣ - ٦١٤ - ٦١٥ - ٦١٦ - ٦١٧ - ٦١٨ - ٦١٩ - ٦٢٠ - ٦٢١ - ٦٢٢ - ٦٢٣ - ٦٢٤ - ٦٢٥ - ٦٢٦ - ٦٢٧ - ٦٢٨ - ٦٢٩ - ٦٣٠ - ٦٣١ - ٦٣٢ - ٦٣٣ - ٦٣٤ - ٦٣٥ - ٦٣٦ - ٦٣٧ - ٦٣٨ - ٦٣٩ - ٦٤٠ - ٦٤١ - ٦٤٢ - ٦٤٣ - ٦٤٤ - ٦٤٥ - ٦٤٦ - ٦٤٧ - ٦٤٨ - ٦٤٩ - ٦٥٠ - ٦٥١ - ٦٥٢ - ٦٥٣ - ٦٥٤ - ٦٥٥ - ٦٥٦ - ٦٥٧ - ٦٥٨ - ٦٥٩ - ٦٦٠ - ٦٦١ - ٦٦٢ - ٦٦٣ - ٦٦٤ - ٦٦٥ - ٦٦٦ - ٦٦٧ - ٦٦٨ - ٦٦٩ - ٦٧٠ - ٦٧١ - ٦٧٢ - ٦٧٣ - ٦٧٤ - ٦٧٥ - ٦٧٦ - ٦٧٧ - ٦٧٨ - ٦٧٩ - ٦٨٠ - ٦٨١ - ٦٨٢ - ٦٨٣ - ٦٨٤ - ٦٨٥ - ٦٨٦ - ٦٨٧ - ٦٨٨ - ٦٨٩ - ٦٩٠ - ٦٩١ - ٦٩٢ - ٦٩٣ - ٦٩٤ - ٦٩٥ - ٦٩٦ - ٦٩٧ - ٦٩٨ - ٦٩٩ - ٧٠٠ - ٧٠١ - ٧٠٢ - ٧٠٣ - ٧٠٤ - ٧٠٥ - ٧٠٦ - ٧٠٧ - ٧٠٨ - ٧٠٩ - ٧١٠ - ٧١١ - ٧١٢ - ٧١٣ - ٧١٤ - ٧١٥ - ٧١٦ - ٧١٧ - ٧١٨ - ٧١٩ - ٧٢٠ - ٧٢١ - ٧٢٢ - ٧٢٣ - ٧٢٤ - ٧٢٥ - ٧٢٦ - ٧٢٧ - ٧٢٨ - ٧٢٩ - ٧٣٠ - ٧٣١ - ٧٣٢ - ٧٣٣ - ٧٣٤ - ٧٣٥ - ٧٣٦ - ٧٣٧ - ٧٣٨ - ٧٣٩ - ٧٤٠ - ٧٤١ - ٧٤٢ - ٧٤٣ - ٧٤٤ - ٧٤٥ - ٧٤٦ - ٧٤٧ - ٧٤٨ - ٧٤٩ - ٧٥٠ - ٧٥١ - ٧٥٢ - ٧٥٣ - ٧٥٤ - ٧٥٥ - ٧٥٦ - ٧٥٧ - ٧٥٨ - ٧٥٩ - ٧٦٠ - ٧٦١ - ٧٦٢ - ٧٦٣ - ٧٦٤ - ٧٦٥ - ٧٦٦ - ٧٦٧ - ٧٦٨ - ٧٦٩ - ٧٧٠ - ٧٧١ - ٧٧٢ - ٧٧٣ - ٧٧٤ - ٧٧٥ - ٧٧٦ - ٧٧٧ - ٧٧٨ - ٧٧٩ - ٧٨٠ - ٧٨١ - ٧٨٢ - ٧٨٣ - ٧٨٤ - ٧٨٥ - ٧٨٦ - ٧٨٧ - ٧٨٨ - ٧٨٩ - ٧٩٠ - ٧٩١ - ٧٩٢ - ٧٩٣ - ٧٩٤ - ٧٩٥ - ٧٩٦ - ٧٩٧ - ٧٩٨ - ٧٩٩ - ٨٠٠ - ٨٠١ - ٨٠٢ - ٨٠٣ - ٨٠٤ - ٨٠٥ - ٨٠٦ - ٨٠٧ - ٨٠٨ - ٨٠٩ - ٨١٠ - ٨١١ - ٨١٢ - ٨١٣ - ٨١٤ - ٨١٥ - ٨١٦ - ٨١٧ - ٨١٨ - ٨١٩ - ٨٢٠ - ٨٢١ - ٨٢٢ - ٨٢٣ - ٨٢٤ - ٨٢٥ - ٨٢٦ - ٨٢٧ - ٨٢٨ - ٨٢٩ - ٨٣٠ - ٨٣١ - ٨٣٢ - ٨٣٣ - ٨٣٤ - ٨٣٥ - ٨٣٦ - ٨٣٧ - ٨٣٨ - ٨٣٩ - ٨٤٠ - ٨٤١ - ٨٤٢ - ٨٤٣ - ٨٤٤ - ٨٤٥ - ٨٤٦ - ٨٤٧ - ٨٤٨ - ٨٤٩ - ٨٥٠ - ٨٥١ - ٨٥٢ - ٨٥٣ - ٨٥٤ - ٨٥٥ - ٨٥٦ - ٨٥٧ - ٨٥٨ - ٨٥٩ - ٨٦٠ - ٨٦١ - ٨٦٢ - ٨٦٣ - ٨٦٤ - ٨٦٥ - ٨٦٦ - ٨٦٧ - ٨٦٨ - ٨٦٩ - ٨٧٠ - ٨٧١ - ٨٧٢ - ٨٧٣ - ٨٧٤ - ٨٧٥ - ٨٧٦ - ٨٧٧ - ٨٧٨ - ٨٧٩ - ٨٨٠ - ٨٨١ - ٨٨٢ - ٨٨٣ - ٨٨٤ - ٨٨٥ - ٨٨٦ - ٨٨٧ - ٨٨٨ - ٨٨٩ - ٨٩٠ - ٨٩١ - ٨٩٢ - ٨٩٣ - ٨٩٤ - ٨٩٥ - ٨٩٦ - ٨٩٧ - ٨٩٨ - ٨٩٩ - ٩٠٠ - ٩٠١ - ٩٠٢ - ٩٠٣ - ٩٠٤ - ٩٠٥ - ٩٠٦ - ٩٠٧ - ٩٠٨ - ٩٠٩ - ٩١٠ - ٩١١ - ٩١٢ - ٩١٣ - ٩١٤ - ٩١٥ - ٩١٦ - ٩١٧ - ٩١٨ - ٩١٩ - ٩٢٠ - ٩٢١ - ٩٢٢ - ٩٢٣ - ٩٢٤ - ٩٢٥ - ٩٢٦ - ٩٢٧ - ٩٢٨ - ٩٢٩ - ٩٣٠ - ٩٣١ - ٩٣٢ - ٩٣٣ - ٩٣٤ - ٩٣٥ - ٩٣٦ - ٩٣٧ - ٩٣٨ - ٩٣٩ - ٩٤٠ - ٩٤١ - ٩٤٢ - ٩٤٣ - ٩٤٤ - ٩٤٥ - ٩٤٦ - ٩٤٧ - ٩٤٨ - ٩٤٩ - ٩٥٠ - ٩٥١ - ٩٥٢ - ٩٥٣ - ٩٥٤ - ٩٥٥ - ٩٥٦ - ٩٥٧ - ٩٥٨ - ٩٥٩ - ٩٦٠ - ٩٦١ - ٩٦٢ - ٩٦٣ - ٩٦٤ - ٩٦٥ - ٩٦٦ - ٩٦٧ - ٩٦٨ - ٩٦٩ - ٩٧٠ - ٩٧١ - ٩٧٢ - ٩٧٣ - ٩٧٤ - ٩٧٥ - ٩٧٦ - ٩٧٧ - ٩٧٨ - ٩٧٩ - ٩٨٠ - ٩٨١ - ٩٨٢ - ٩٨٣ - ٩٨٤ - ٩٨٥ - ٩٨٦ - ٩٨٧ - ٩٨٨ - ٩٨٩ - ٩٩٠ - ٩٩١ - ٩٩٢ - ٩٩٣ - ٩٩٤ - ٩٩٥ - ٩٩٦ - ٩٩٧ - ٩٩٨ - ٩٩٩ - ١٠٠٠ - ١٠٠١ - ١٠٠٢ - ١٠٠٣ - ١٠٠٤ - ١٠٠٥ - ١٠٠٦ - ١٠٠٧ - ١٠٠٨ - ١٠٠٩ - ١٠١٠ - ١٠١١ - ١٠١٢ - ١٠١٣ - ١٠١٤ - ١٠١٥ - ١٠١٦ - ١٠١٧ - ١٠١٨ - ١٠١٩ - ١٠٢٠ - ١٠٢١ - ١٠٢٢ - ١٠٢٣ - ١٠٢٤ - ١٠٢٥ - ١٠٢٦ - ١٠٢٧ - ١٠٢٨ - ١٠٢٩ - ١٠٣٠ - ١٠٣١ - ١٠٣٢ - ١٠٣٣ - ١٠٣٤ - ١٠٣٥ - ١٠٣٦ - ١٠٣٧ - ١٠٣٨ - ١٠٣٩ - ١٠٤٠ - ١٠٤١ - ١٠٤٢ - ١٠٤٣ - ١٠٤٤ - ١٠٤٥ - ١٠٤٦ - ١٠٤٧ - ١٠٤٨ - ١٠٤٩ - ١٠٥٠ - ١٠٥١ - ١٠٥٢ - ١٠٥٣ - ١٠٥٤ - ١٠٥٥ - ١٠٥٦ - ١٠٥٧ - ١٠٥٨ - ١٠٥٩ - ١٠٦٠ - ١٠٦١ - ١٠٦٢ - ١٠٦٣ - ١٠٦٤ - ١٠٦٥ - ١٠٦٦ - ١٠٦٧ - ١٠٦٨ - ١٠٦٩ - ١٠٧٠ - ١٠٧١ - ١٠٧٢ - ١٠٧٣ - ١٠٧٤ - ١٠٧٥ - ١٠٧٦ - ١٠٧٧ - ١٠٧٨ - ١٠٧٩ - ١٠٨٠ - ١٠٨١ - ١٠٨٢ - ١٠٨٣ - ١٠٨٤ - ١٠٨٥ - ١٠٨٦ - ١٠٨٧ - ١٠٨٨ - ١٠٨٩ - ١٠٩٠ - ١٠٩١ - ١٠٩٢ - ١٠٩٣ - ١٠٩٤ - ١٠٩٥ - ١٠٩٦ - ١٠٩٧ - ١٠٩٨ - ١٠٩٩ - ١١٠٠ - ١١٠١ - ١١٠٢ - ١١٠٣ - ١١٠٤ - ١١٠٥ - ١١٠٦ - ١١٠٧ - ١١٠٨ - ١١٠٩ - ١١١٠ - ١١١١ - ١١١٢ - ١١١٣ - ١١١٤ - ١١١٥ - ١١١٦ - ١١١٧ - ١١١٨ - ١١١٩ - ١١٢٠ - ١١٢١ - ١١٢٢ - ١١٢٣ - ١١٢٤ - ١١٢٥ - ١١٢٦ - ١١٢٧ - ١١٢٨ - ١١٢٩ - ١١٣٠ - ١١٣١ - ١١٣٢ - ١١٣٣ - ١١٣٤ - ١١٣٥ - ١١٣٦ - ١١٣٧ - ١١٣٨ - ١١٣٩ - ١١٤٠ - ١١٤١ - ١١٤٢ - ١١٤٣ - ١١٤٤ - ١١٤٥ - ١١٤٦ - ١١٤٧ - ١١٤٨ - ١١٤٩ - ١١٥٠ - ١١٥١ - ١١٥٢ - ١١٥٣ - ١١٥٤ - ١١٥٥ - ١١٥٦ - ١١٥٧ - ١١٥٨ - ١١٥٩ - ١١٦٠ - ١١٦١ - ١١٦٢ - ١١٦٣ - ١١٦٤ - ١١٦٥ - ١١٦٦ - ١١٦٧ - ١١٦٨ - ١١٦٩ - ١١٧٠ - ١١٧١ - ١١٧٢ - ١١٧٣ - ١١٧٤ - ١١٧٥ - ١١٧٦ - ١١٧٧ - ١١٧٨ - ١١٧٩ - ١١٨٠ - ١١٨١ - ١١٨٢ - ١١٨٣ - ١١٨٤ - ١١٨٥ - ١١٨٦ - ١١٨٧ - ١١٨٨ - ١١٨٩ - ١١٩٠ - ١١٩١ - ١١٩٢ - ١١٩٣ - ١١٩٤ - ١١٩٥ - ١١٩٦ - ١١٩٧ - ١١٩٨ - ١١٩٩ - ١٢٠٠ - ١٢٠١ - ١٢٠٢ - ١٢٠٣ - ١٢٠٤ - ١٢٠٥ - ١٢٠٦ - ١٢٠٧ - ١٢٠٨ - ١٢٠٩ - ١٢١٠ - ١٢١١ - ١٢١٢ - ١٢١٣ - ١٢١٤ - ١٢١٥ - ١٢١٦ - ١٢١٧ - ١٢١٨ - ١٢١٩ - ١٢٢٠ - ١٢٢١ - ١٢٢٢ - ١٢٢٣ - ١٢٢٤ - ١٢٢٥ - ١٢٢٦ - ١٢٢٧ - ١٢٢٨ - ١٢٢٩ - ١٢٣٠ - ١٢٣١ - ١٢٣٢ - ١٢٣٣ - ١٢٣٤ - ١٢٣٥ - ١٢٣٦ - ١٢٣٧ - ١٢٣٨ - ١٢٣٩ - ١٢٤٠ - ١٢٤١ - ١٢٤٢ - ١٢٤٣ - ١٢٤٤ - ١٢٤٥ - ١٢٤٦ - ١٢٤٧ - ١٢٤٨ - ١٢٤٩ - ١٢٥٠ - ١٢٥١ - ١٢٥٢ - ١٢٥٣ - ١٢٥٤ - ١٢٥٥ - ١٢٥٦ - ١٢٥٧ - ١٢٥٨ - ١٢٥٩ - ١٢٦٠ - ١٢٦١ - ١٢٦٢ - ١٢٦٣ - ١٢٦٤ - ١٢٦٥ - ١٢٦٦ - ١٢٦٧ - ١٢٦٨ - ١٢٦٩ - ١٢٧٠ - ١٢٧١ - ١٢٧٢ - ١٢٧٣ - ١٢٧٤ - ١٢٧٥ - ١٢٧٦ - ١٢٧٧ - ١٢٧٨ - ١٢٧٩ - ١٢٨٠ - ١٢٨١ - ١٢٨٢ - ١٢٨٣ - ١٢٨٤ - ١٢٨٥ - ١٢٨٦ - ١٢٨٧ - ١٢٨٨ - ١٢٨٩ - ١٢٩٠ - ١٢٩١ - ١٢٩٢ - ١٢٩٣ - ١٢٩٤ - ١٢٩٥ - ١٢٩٦ - ١٢٩٧ - ١٢٩٨ - ١٢٩٩ - ١٣٠٠ - ١٣٠١ - ١٣٠٢ - ١٣٠٣ - ١٣٠٤ - ١٣٠٥ - ١٣٠٦ - ١٣٠٧ - ١٣٠٨ - ١٣٠٩ - ١٣١٠ - ١٣١١ - ١٣١٢ - ١٣١٣ - ١٣١٤ - ١٣١٥ - ١٣١٦ - ١٣١٧ - ١٣١٨ - ١٣١٩ - ١٣٢٠ - ١٣٢١ - ١٣٢٢ - ١٣٢٣ - ١٣٢٤ - ١٣٢٥ - ١٣٢٦ - ١٣٢٧ - ١٣٢٨ - ١٣٢٩ - ١٣٣٠ - ١٣٣١ - ١٣٣٢ - ١٣٣٣ - ١٣٣٤ - ١٣٣٥ - ١٣٣٦ - ١٣٣٧ - ١٣٣٨ - ١٣٣٩ - ١٣٤٠ - ١٣٤١ - ١٣٤٢ - ١٣٤٣ - ١٣٤٤ - ١٣٤٥ - ١٣٤٦ - ١٣٤٧ - ١٣٤٨ - ١٣٤٩ - ١٣٥٠ - ١٣٥١ - ١٣٥٢ - ١٣٥٣ - ١٣٥٤ - ١٣٥٥ - ١٣٥٦ - ١٣٥٧ - ١٣٥٨ - ١٣٥٩ - ١٣٦٠ - ١٣٦١ - ١٣٦٢ - ١٣٦٣ - ١٣٦٤ - ١٣٦٥ - ١٣٦٦ - ١٣٦٧ - ١٣٦٨ - ١٣٦٩ - ١٣٧٠ - ١٣٧١ - ١٣٧٢ - ١٣

المطلب الرابع

ملكية البائع للشيء المبيع

١٥٩ - يجب أنه يكون الشيء المبيع مملوفاً للبائع : لما كان البائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فقد وجب أن يكون مالكا له حتى ينقل ملكيته ، لأنه إذا لم يكن مالكا لم يستطع نقل الملكية ، وفقد الشيء لا يعطيه (١) .

ولا يمنع البائع من أن يكون مالكا للشيء أن يكون قبل البيع قد أجره أو رهنه ، فبيع الشيء المؤجر والشيء المرهون جائز ، وإنما ينتقل الشيء إلى المشتري وينتقل معه حق المستأجر أو حق الدائن المرتهن .

أما إذا صدر البيع من غير المالك ، فهذا هو بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال . وقد يكون البائع مالكا ولكن يخالط ملكيته حق الشركاء وذلك في بيع المال الشائع ، أو حق الورثة وذلك في بيع المريض مرض الموت ، أو حق الدائنين وذلك في بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد ديونها وفي بيع المحجور عليه والمعسر ، أو حق الدولة وذلك في بيع الأراضي الزراعية وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعى .

فنبحث إذن : (١) بيع ملك الغير (٢) بيع المال الشائع (٣) بيع المريض مرض الموت (٤) بيع الوارث لعين التركة قبل سداد ديونها (٥) بيع المحجور عليه والمعسر (٦) بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعى .

١ - بلانويول وريبير وبولانجي ٢ - فقرة ٢٣٥٨ - كولان وكايتان ٢ - فقرة ٨٦٣ - وانظر والفقه المصرى : الأستاذ أفور سلطان فقرة ١٢٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٢ - الأستاذ جليل الشرقاوى فقرة ٣٩ - فى الفقه العراقى : الأستاذ حسن الزنون فقرة ١٠٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٣٧ - فقرة ٢٤٣ . (١) ويتفرع هل ذلك أنه إذا تبين أن المشتري كان يملك المبيع قبل أن يشتريه ثم اشتراه ، فتراؤه باطل لأنه لا يستطيع أن يشتري ملكه . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا حكم بملكية شخص لعين متنازع عليها ، وكان المحكوم له قد اشترى هذه العين من المحكوم ضده ، فالبيع باطل لوقوعه على عين هى ملك المشتري (٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ١/١٥ ص ١٩) .

٥١ - بيع ملك الغير

(La vente de la chose d'autrui)

١٥٢ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٦٦ ، من القانون المدني على ما يأتي :

١ - إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل .

٢ - وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد .

وتنص المادة ٤٦٧ على ما يأتي :

١ - إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحاً في حق المشتري .

٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد .

وتنص المادة ٤٦٨ على ما يأتي :

١ - إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكـ مجهول أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (١)

(١) تاريخ النصوص

م ٤٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٢ من مشروع التمهيدى عن وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق نصية طفيفة . وقدرته فيه المراجعة بعد إزالة هذه الفروق ، وأصبحت المادة رقم ٤٦٣ في المشروع المدني . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٨٣ - ص ١٨٤ و ص ١٨٦ - ص ١٨٨) .

م ٤٦٧ : ورد هذا النص في مادة ٦٣٣ من مشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر ==

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٦٤/٣٣٣ و ٢٦٥/٣٣٤ و ٣٣٥ مختلط (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٣٤ - ٤٣٦ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٥٥ - ٤٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٣٥ - ١٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٨٥ (٢) .

= عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٤ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

م ٤٦٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٤ من المشروع التمهيدى حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ و ص ١٩٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٦٤/٣٣٣ : بيع الشيء المعين الذى لا يملكه البائع باطل ، إنما يصح إذا أجازاه المالك الحقيقي .

م ٢٦٥/٣٣٤ : إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ، ثم تبين بعد انعقاد البيع - م ملكية لمبيع ، جاز للمشتري أن يطلب منه تعويضات إذا كان معتمداً وقت البيع صحة ملكية البائع . م ٣٣٥ مختلط : إذا تعهد غير المالك بنقل ملكية شيء معين والانتفاع به لآخر بشئ معين ، يحكم في التعهد بالتطبيق لقواعد العامة المقررة للتعهدات الاتفاقية .

(والأحكام ، أحدها في التقنينين السابق والجديد ، غير أن نصوص التقنين الجديد أكثر إحاطة ، حل أن نصوص التقنين السابق هي بدورها أكثر وضوحاً من نصوص التقنين المدني الفرنسى المقترضة في هذه المسألة . ولم ينقل التقنين المدني الجديد المادة ٣٣٥ مختلط لأنها مجرد تطبيق لقواعد العامة ، وقد أغفلها التقنين الوطنى من قبل : المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - ص ١٩٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣٤ - ٤٣٦ (مطابقة للمواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصرى ، وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٧٧) .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٥ - ٤٥٧ (مطابقة للمواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصرى) .

التقنين المدني العراقي م ١٣٥ : ١ - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، انعقد تصرفه - عرفاً على إجازة المالك . ٢ - فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ، ويطالب الفضول =

١٥٣ - تحرير منطقة بيع ملك الغير : وبخلص من النصوص المتقدمة أن بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه - وهذا ما يسمى ببيع ملك

== بالبدل إن كان قد قبضه من الماقد الآخر . ٢ - وإذا لم يجز المالك تصرف الفضول ، بطل التصرف ، وإذا كان الماقد الآخر قد أدى للفضول البدل فله الرجوع عليه به . فإن ملك البدل في يد الفضول بدون تدبته ، وكان الماقد الآخر قد أداه حالاً أنه فضول . فلا رجوع له بشيء منه . ٤ - وإذا سلم الفضول الدين المقنود عليها لمن ذماقه معه ، فهلك في يده بدون تدبته ، فلما كان أن يضمن قيمتها أيها شاء . فإذا اختار تضمن أحدها سقط عنه في تضمن الآخر . م ١٢٩ : ١ - إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة ، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحته وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام العائدين أو المالك الأصل أو المقنود عليه وقت الإجازة . ٢ - ويجب أن يستعمل جهاز الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر ، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً . ٣ - ويبدأ سريان المدة . . . وإذا كان سبب الترتب انعدام الولاية على المقنود عليه ، فن اليرم الذي يعلم فيه المالك بصور العقد .

(والتفتين المدني العراقي سار في هذه المسألة على قواعد الفقه الإسلامي : فبيع الفضول - أي بيع ملك الغير - موقوف على إجازة المالك . وقد نقل التفتين العراقي أحكام العقد الموقوف في الفقه الإسلامي بعد إدخال تعديلات هامة جعلت هذه القواعد أكثر صرامة لقواعد الفقه العربي الحديث . ويختلف في ذلك عن التفتين المصري ، من هذا التفتين الأخير بيع ملك الغير قابل للإبطال . وقد ساعد التفتين العراقي على الأخذ بهذه الأحكام ، التي تغفل من بعض الوجوه أحكام التفتين المصري وبخاصة فيما يتعلق بأن العقد موقوف لا قابل للإبطال ، أن التفتين العراقي قد أخذ بطريقة البطلان كما هي في الفقه الإسلامي لا في الفقه العربي الحديث ، وهي نظرية تفضل الفقه العربي : أنظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي المؤلفات الجزء الرابع في نظرية البطلان - وانظر في بيع الفضول في القانون المدني العراقي الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٨ ، وانظر برجه خاص فقرة ٦٤٧ حيث ينتقد الأستاذ الصراف نقل المشرع العراقي لنظرية الفقه الإسلامي في بيع الفضول ، وهذا بالرغم من أن هذه النظرية تفضل نظرية الفقه العربي كما سبق القول) .

تفتين الموجبات والمقنود الثاني م ٣٨٥ : بيع ما اعتبر باطلاً إلا في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان البيع مبنياً بجنسه أو بنوعه فقط . ثانياً - إذا أجازته المالك . ثالثاً - إذا اكتسب فيما بعد حق الملكية على المبيع . أما إذا أجاز المالك أن يميز البيع ، فالبايع يضمن بدل المثل والضرر للمشتري إذا كان عالماً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك . ولا يجوز لبايع أن يدعى بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير . كل ذلك مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامي بتاريخ ١٥ أدرسة ١٩٢٠ . (وهذه الأحكام في مجموعها تتفق مع أحكام التفتين المصري ، فيما عدا أن التفتين اللبناني لا يحمل للمشتري الحق في التعويض إلا إذا كان حسن النية وكان البائع في الوقت ذاته سهواً أثناءه ، أما التفتين المصري فيشترط حسن نية المشتري دون سوء نية البائع) .

الغير - عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري. وقبل أن نرسل هذا البطالان ونبين أحكام البيع على هذا الوجه ، نحدد أولاً المنطقة التي ينحصر فيها بيع ملك الغير.

١٥٤ - ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير : فيبيع ملك الغير لا بد أن يكون يبيعاً لعين معينة بالذات ليست مملوكة للبائع . فيخرج إذن من منطقة بيع الغير العقود الآتية :

أولاً - بيع الشيء غير المعين بالذات وبيع الشيء المستقبل : فإذا باع شخص مائة أردب من القمح ، وكذلك إذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه موجود في المستقبل ، لم يكن هذا بيعاً لملك الغير ، ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالِكاً للمبيع . ذلك أن المبيع لم يعين بذاته ، فلا يمكن أن يقال إن البائع مالك له أو غير مالك ، ولا يقال ذلك إلا عندما يتعين بالذات . أما في هذه المرحلة ، والمبيع لم يتعين بالذات ، فإن البائع يقتصر على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين . وعلى البائع تعيينه إذا كان موجوداً ، أو إيجاداً إذا كان لم يوجد ، ثم ينقل ملكيته للمشتري (١) .

ثانياً - تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر : فهذا ليس بيع ملك الغير لأن المتعاقد لا يبيع ملك غيره ، وإنما هو تعهد عن المالك في أن يبيع ، فيكون تعهداً عن الغير (٢) . وقد بسطنا أحكام هذا الضرب من التعاقد في الجزء الأول من الوسيط .

ثالثاً - بيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبائع إذا علق البائع البيع على شرط أن يملك المبيع (٣) : فالبايع هنا لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاماً باتناً ، بل

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤٩ (يتعهد بأن ينقل للمشتري ملكية شيء غير مملوك له عن طريق الاتفاق مع المالك بأية كيفية) - أوروى روه ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسينيا فقرة ١١٦ ص ١٠٥ - ص ١٠٦ - جوران ٢ فقرة ١٠٤٢ - الأستاذ عبد المنعم الدراوى ص ٥٧٥ .

(٢) استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٣ - بودرى وسينيا فقرة ١٢٣ .

(٣) أو على شرط أن تظهر ملكيته بعد فحص مستنداته (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة

١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩) .

علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع . وليس هذا بيع ملك الغير ، فالبايع والمشتري متفقان على أن البيع ليس بيات ، بل هو معلق على شرط . فاذا تحقق هذا الشرط ، وأصبح البائع مالكا للمبيع ، انتقلت الملكية إلى المشتري وإذا لم يتحقق الشرط سقط البيع (١) .

رابعا - بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط : فهنا البائع لم يبيع ملك غيره ، بل باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك غير بات . فهو إما ملك معلق على شرط واقف فيتوقف وجوده على تحقق الشرط ، وإما ملك معلق على شرط فاسخ فيزول إذا تحقق الشرط . وفي كلتا الحالتين ينتقل الملك بوصفه إلى المشتري ، فيكون هذا مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ ،

(١) فإذا باع شخص شيئا ، وجعل البيع موقوفاً على شرط أن يرسل عليه مزاد من المزايدة . يبيع بالمزاد ، فإنه إذا واصل المزاد من البائع انتقلت الملكية إلى المشتري ، وإلا سقط البيع (استئناف مخطط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ٨٩) .

وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معين على شرط أن يملك البائع المبيع ، بل على بيع احتمال . فالبيع في هذه الحالة يكون مجرد احتمال ، قد يتحقق بأن يملك البائع المبيع ، وقد لا يتحقق . وقد لا يتحقق فلا يملك البائع المبيع ولا ينتقل شيء إلى المشتري . ويراعى ذلك بطريقتين : الحال في تحديد الزمن ، فيكون الزمن متناهيًا حتى يقابل احتمال عدم تملك البائع للمبيع . وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معين على شرط ، بل على أن يعمل أحدهما على أن يكتسب ملكة شيء معين بالذات فينتقلها للاخر (أنظر ٣٣٥ مخطط) . وهنا أيضاً ليس العقد بيعاً ملك الغير ، بل هو ليس بيعاً أصلاً ، لأن التعاقد لم يلتزم بنقل ملكية ، بل يلتزم أن يقوم بعمل هو اكتساب الملكية . فإذا ما اكتسبها ، نقل ذلك عند بيع ينتقل هذه الملكية للمشتري . وإذا لم يكتسبها كان مشغولاً عن التعويض . وتختلف هذه الضرورة من ضرورة التمسك بالثمن إلى ضرورة التمسك بالثمن . فالمعبر يلتزم بأن يعمل المتعاقد معه بكتسب الملكية من الغير رأساً ، فلا ينتقل إليه إلا إذا لم يكتسبها من الغير (أوبري ورو ، فقرة ٢٥١ ص ٤٢ - بلانويول وروبير وغانزل ، فقرة ٤٢ ص ٤٨ - كولان وكالينجان ، فقرة ٢ ص ٨٦٤ - جوسران ، فقرة ٢ ص ١٠٤٢ - ١٠٤٤ - الأمانات أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٧ - الأمانات محمد كامل مرضى فقرة ١٢٦) . وتختلف من ضرورة بيع الشيء غير المعين بالذات بأن التعاقد هنا يتممه بكتسب ملكة شيء معين بالذات ثم ينقلها إلى المتعاقد الآخر ، أما في بيع الشيء غير المعين بالذات فالمعبر يتممه بنقل ملكة شيء معين بالذات .

ولا يعتبر بيعاً ملك الغير الوعد بالبيع الصادر من غير مالك . بل يصح الوعد في هذه الحالة . فإذا أظهر المومرود له رغبة في الشراء ، وكان الوعد قد أصبح مائتاً لشيء ، تم البيع . وإذا لم يكن الوعد قد أصبح مائتاً لشيء . وقت ظهور رغبة المومرود في الشراء ، انقلب الوعد بالبيع بيعاً . ملك الغير وكان فعلاً لا محالة (الأمانات محمد كامل مرضى فقرة ٣٥٠ ص ٤٠٠ - ٤٠١ مخطط ١٨٨ - ١٨٩) .

فاذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري بآنة (١). وتختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن البيع هنا بات وملكه المبيع هي المعلقة على شرط ، أما في الصورة السابقة فالبيع هو المعلق على شرط وملكه المبيع بآنة .

خامساً - بيع الشيء الشائع : فهنا يبيع الشخص شيئاً يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين ، فلا يظهر في البداية أنه يبيع ملك غيره . ولكن يتوقف الأمر على نتيجة القسمة ، فان وقع هذا الشيء كله في حصة البائع اعتبر أنه قد باع ملكه ، وإن لم يقع في حصته اعتبر بائعاً لملك الغير .

سادساً - بيع الوارث الظاهر : وهذا إذا كان في حقيقته بيعاً لملك الغير لأن الوارث الظاهر لا يملك المبيع ، إلا أن هناك اعتبارات ترجع إلى الاستقرار الواجب للتعامل تجعل بيع الوارث الظاهر صحيحاً نافذاً في حق الوارث الحقيقي . ومن ثم يملك المشتري المبيع ، فلا يعود في حاجة إلى الحماية التي أولاهها القانون للمشتري في بيع ملك الغير (٢) .

(١) أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد أصبح المشتري غير مالك ، وليس له الرجوع على البائع إذا كان البيع احتمالياً (بودرى سبينا فقرة ١٢٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٣٨٩ - قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١٧٨) .
(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٠ . ونظير ذلك المشتري في بيع ملك إذا ملك المبيع بالحيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والعقار ، أو إذا أصبح البائع مالكا للمبيع ، أو أجاز المالك الحقيقي البيع ، فتنتقل في جميع هذه الأحوال الملكية إلى المشتري (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسبينا فقرة ١٢٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨) .

على أن المشتري في بيع ملك الغير ، إذا كسب ملكية المبيع بالحيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والعقار ، يكون قد كسبها بالحيازة أو بالتقادم ، لا بالبيع الصادر من غير المالك . ويذهب رأى إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يلزم بالتمسك بوضع اليد ، لأن التمسك بهذا الدفع قد لا يقره ضميمه (بيدان ١١ فقرة ١٢٣ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١٨٠ ص ١٧٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١١ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥١) .

وإذا كسب المشتري في بيع ملك الغير ملكية المبيع من طريق آخر غير هذا البيع ، كأن اشترى المبيع من المالك الحقيقي أو ورثه منه أو أخذه وصية منه ، فإن بيع ملك الغير لا يتقلب صحيحاً في هذه الحالة ، بل يبقى قابلاً للإبطال ويكتفى للمشتري الحق في طلب إبطاله (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٥) .

بأن يملك في ذاته ، أي ممتلكته بيع ذلك الغير ، بيع الممتلكات أم لا ، معينة
بأنات غير ممنوعة له إذا قصد بيع ممتلكته (١) ، وترد
أن يكون للبائع علماً بأنه لم يملك البيع أو يعتقد أنه يمكنه ، أما يستوى أن يكون
البيع مساومة أو بيعاً قضائياً ، ويستوى في البيع القضائي أن يكون بيعاً جبرياً
أو بيعاً اختيارياً (٢) .

وبيع ملك الغير ، على هذا التحديد ، يقع كثيراً في العمل . فالأب قد يبيع
ملك ولده ، لا بآثاره نائباً عنه ، بل باعتباره أصيلاً عن نفسه . والزوج قد
يبيع ملك زوجته (٣) . والوارث قد يبيع عيناً ليست في التركة ، أو في التركة
ولكنها لم تقع في حصته . والشريك في الشروع قد يبيع كل العين الشائعة وهو
لا يملك الا حصته فيها . وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك . وكثيراً
ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة . فهذه كلها تعتبر بيوعاً
لملك الغير (٤) .

وبيع ملك الغير قابل للإبطال كما قدمنا . فنؤصل هذا البطلان ، ثم نبين
أحكام البيع ذاته .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٩٢ .
ويقدم البائع عادة في بيع ملك الغير بضيف البيع إلى نفسه . فإن أضافه إلى المالك الحقيقي ركان
نائباً عنه ، فإن البيع يعتبر صادراً من المالك الحقيقي وفقاً للقواعد المقررة في البينة . أما إذا
لم يكن نائباً عنه ، فإن البيع في هذه الحالة يكون بيع ملك الغير . ومع ذلك فقد قضت محكمة
استئناف مصر بأن من المقرر شرعاً أن من يبيع ملك غيره حل أنه ملك لنفسه فيبه باطل ،
ولا تلحقه الاجازة لعدم انعقاده أصلاً . إنما يتخذ موقوفاً حل إجازة مالكه إذا باعه حل أنه ملك
لغيره . وولاية الأب على ولده الصغير وإن كانت تخول له حق بيع عقار قاصره ، إلا أنها لا تخرجه
من القاعدة العامة السابق ذكرها ، ويجب لانعقاد هذا البيع أن يقرر الول أنه ملك ابنه (٢٣ مايو
سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٤٤) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٩ -
أنسكلويدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٩٥ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٣١ ص ٣٧٠ .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٧ - بلانيول وريبير وهامل ٢
فقرة ٢٣١٦ - حمران ٢ فقرة ١٠٤٨ - أنسكلويدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٩٧ -
الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٥٧ ص ١٥٢ - الأستاذ سلمان مرض
فقرة ٢٦٥ ص ٤٤٥ .

١ - تأصيل البطلان في بيع ملك الغير

١٥٥ - النظريات التقليدية : تنص المادة ١٥٩٩ من التقنين المدني

الفرنسي بأن بيع ملك الغير باطل ، وبأن للمشتري الحق في التعويض إذا كان
يجعل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع . وقد تضاربت الآراء في الفقه الفرنسي في
تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، إذ أن النص المتقدم لا يخلو من الغموض .

فهناك رأى يذهب إلى أن هذا البيع إنما هو قابل للفسخ وليس باطلا ،
وترجع قابليته للفسخ إلى أن البائع لم يحم بالتزامه من نقل ملكية المبيع إلى
المشتري ، فللمشتري أن يطلب فسخ البيع (١) . وعيب هذا الرأى واضح ،
إذ هو يتعارض تعارضاً صريحاً مع نص التقنين الفرنسي ومع نص التقنين
المصري أيضاً ، فالنص في التقنين على البطلان والبطلان شيء غير الفسخ .
هذا إلى أنه لو كان بيع ملك الغير جزاؤه الفسخ فحسب ، لكان للقاضي سلطة
تقديرية في إجابة المشتري إليه ، ولما استطاع أن يقضى به لو تمكن البائع
من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى (٢) .

وهناك رأى ثان يذهب إلى أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً (٣) ، إما لانعدام السبب
إذ التزام المشتري لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية ، وإما
لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبائع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملك

(١) كولين دى سانتير ٧ فقرة ٢٨ مكررة . بفنوار في الملكية والعقد سنة ١٩٢٤ ص ٥١٦ -
جودمين في النظرية العامة للالتزامات باريس سنة ١٩٢٧ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ - الأستاذ
جيجل للشرقاوى رسالة في نظرية البطلان فقرة ١٠٣ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٦ (ويقول بهذا الرأى
حتى في عهد التقنين المدني المصري الجديد ، البيع فقرة ٤١ ص ١٠٢) . وقد جعل التقنين المدني
لابطال الجديد الصادر في سنة ١٩٤٢ (م ١٤٧٩) بيع ملك الغير قابلاً للفسخ حتى لو كان
المشتري يجعل أن البائع غير مالك .

وهذه الأستاذان كولان وكايتان (٢ فقرة ٨٦٩) إلى أن التقنين المدني الفرنسي جعل
الجزء البطلان لا الفسخ ولكن الفسخ كان أوفق .

(٢) بودوى وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ .

(٣) أوبرى وودو ٥ فقرة ٣٥١ هامش رقم ٤٣ - استئناف ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣
ص ٢٧٦ - بيدان ١١ فقرة ١٠٤ - استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٦ .

إلى المشتري . وعيب هذا الرأي أنه يتعارض هو أيضاً معارضة صريحة مع الآثار
الكثيرة التي ينتجها بيع ملك الغير وستفصلها فيما يلي ، ولو كان هذا البيع باطلا
بطلاقاً مطلقاً لما أنتج أثراً . هذا إلى أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء
غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه ، فالسبب لإذن غير معدوم ،
والحل غير مستحيل استحالة مطلقة ، وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل
ملكية المبيع إلى المشتري فالجزاء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق (١) .

وهناك رأي ثالث يذهب إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاقاً نسبياً ، إما لغلط
في شخص البائع فقد توهم المشتري أنه مالك للمبيع ، وإما لغلط في المبيع فقد توهم
المشتري أنه مملوك للبائع (٢) . وعيب هذا الرأي واضح ، فهو يقتضي ألا يكون
بيع ملك الغير قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية فيكون قد وقع
في غلط في البائع أو في المبيع . وهذا يتعارض مع عموم النص في التقنين الفرنسي ،
ومع صريح النص في التقنين المصري فإن المادة ٤٦٨ من هذا التقنين تصرح
بوجوب التعويض للمشتري إذا كان حسن النية فإذا كان سيئ النية بقي البيع
قابلاً للإبطال وإن كان المشتري لا يستحق التعويض (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - والذي يعتبر مستحيلاً استحالة
مطلقة ليكون العقد ممة باطلا بطلاقاً مطلقاً هو أن يبيع شخص وآخر شيئاً يبين به ذلك أنه كان
مملوكاً للمشتري وقت البيع ، كأن يكون هذا الشيء موصى به من المالك الحقيقي للمشتري دون أن
يكون هذا عالماً بالوصية ، فهذا البيع يكون باطلاً بطلاقاً مطلقاً لاستحالة الحل استحالة مطلقة
(كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٤ - أنيسكلوبيدي دالورز لفظ vente فقرة ٣٧٩ - وانظر
آنفاً فقرة ١٥١ في الهامش) - ويقول الأستاذ إسماعيل عام : « أما استحالة غير البيع في بيع
ملك الغير فهي استحالة نسبية ، إذ أن هناك شخصاً كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو
المالك الحقيقي ، مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١٥) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٠٤٣ و ١٠٤٥ ، ويذهب إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاقاً نسبياً يفترض
فيه دائماً أن المشتري حسن النية وأنه يجهل أن الشيء مملوك لغير البائع (انظر عكس ذلك كولان
وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٥ ص ٥٧٧) . وانظر م ٣٣٤ من المشروع الفرنسي للإبطال . وهي تبني
بطلان بيع ملك الغير على الغلط .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ١١٨ - والبطلان النسبي هو الذي وقف عنده التقنين المدني
المصري السابق ، فقد نص صراحة على أن بيع ملك الغير يصبح إذا أجازته المالك الحقيقي
(م ٣٣٣/٢٦٤) ، والعقد الباطل بطلاقاً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ، وإنما تلحق الإجازة =

على أن تثبت الترتيب المذكور، أخذ يتناول في هذه النظرية، المخالفة ،
وذهب إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست ، بدعوى ضمان الاستحقاق ،
سبق المشتري إلى رفعها قبل أن ترفع عليه هو دعوى الاستحقاق من المالك
الحقيقي . فهو في دعوى ضمان الاستحقاق العادية يجب أن يتربص حتى يتعرض
له المستحق ، وعند ذلك يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق .
أما في بيع ملك الغير فقد أجاز المشرع للمشتري ألا ينتظر حتى يتعرض له المالك
الحقيقي ، بل يسادر إلى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع ، فدعوى البطلان
هذه ليست إلا دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري رفعها - *garantie d'éviction anticipée* (١) . ولكن القول بأن دعوى البطلان هي دعوى ضمان
استحقاق استبق إليها المشتري يقتضى أن تكون مدة التقادم ، لا عشر سنوات
كما هو الأمر في القانون الفرنسي ، بل ثلاثين سنة وهذه هي مدة التقادم

= المقعد الباطل بطلاناً نسبياً . وبالرغم من صراحة النص ، فقد اضطرب الفقه المصرى في عهد
التقنين الدار السابق ، وسائر الفقه الفرنسى في اضطرابه (أنظر في الفقه المصرى في عهد التقنين
السابق الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٦٣ - فقرة ١٦٨ - عقد الإيجار للمؤلف
فقد ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - الأستاذ حلمى بهجت بدوى في مقال في مجلة القانون
والإحصاء ص ٥٨٨ وما بعدها) .

(١) يبدان ١١ فقرة ١٠٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ - بلانيول وريبير
وبولانجه ٢ فقرة ٢٣١٧ .

ويذهب بودرى وسينيا إلى أن بيع ملك الغير مشوب بعيب أصل هو استحالة تنفيذه ، وأن
هذه الاستحالة تنطوى على خطأ في جانب البائع إذ للزم بما لا يستطيع تنفيذه . فالبطلان الذى
يقوم على هذا الأساس إنما هو بطلان لمصلحة المشتري ، فهو بطلان نسبى وتقرب آثاره من آثار
البطلان لغلط (بودرى وسينيا فقرة ١١٨ ص ١١١) .

ويذهب بلانيول وريبير وهامل إلى أنه لما كان البيع في القانون الرومانى لا يلزم البائع بنقل
الملكية ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً ، فإن البيع في القانون الحديث وهو يلزم البائع بنقل
الملكية يجب أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وقد نص التقنين المدنى الفرنسى (م ١٥٩٩) فلا
على هذا البطلان . ولكن الفقه والفقهاء في فرنسا لم يجدوا من الضرورى أن يسلبا بيع ملك الغير من
أى أثر يترتب عليه ، فعولوا البطلان لحماية مصلحة المشتري ، فيستطيع هذا طلبة إذا هو لم يظفر
بعد البيع بملكية المبيع ، وصارت دعوى البطلان أقرب إلى أن تكون دعوى ضمان استحقاق
سلبية (*garantie d'éviction anticipée*) (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥) .

في القانون الفرنسي في دعوى الضمان . فلا بد إذن أن يختلط ، في دعوى بطلان بيع ملك الغير ، معنى الضمان بمعنى البطلان (١) .

١٥٦ - رأى يستتر الى نظرية تحول العقد الباطل : والتفتين المدني

المصري الجديد صريح في أنه يجوز للمشتري إبطال بيع ملك الغير (م ١/٤٦٦) ، وفي أنه إذا أقر المالك البيع سري العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري (م ١/٤٦٧) ، وفي أن البيع ينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد (م ٢/٤٦٧) . فهذه كلها نصوص صريحة قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، وقد قنن المشرع المصري بهذه النصوص الرأي الذي ساد فعلاً في كل من الفقه المصري والفقه الفرنسي .

بني أن نؤصل هذا البطلان . وهناك رأى ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس (٢) في عهد التفتين المدني الجديد ، يقول بأن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع . ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل (conversion) المنصوص عليها في المادة ١٤٤ ملغى . فيتحول بيع ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً إلى بيع منشيء لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب عدم ملكية البائع . وقد فرض المشرع فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البائع انصرف نيته المحتملة إلى تحول عقد البيع على هذا النحو ، أما انصراف نية المشتري إلى ذلك ففروض إلى أن يثبت العكس ، فإذا تمسك المشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول . ويحتم الأستاذ سليمان مرقس رأيه بالعبرة الآتية : وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل ، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقدین المحتملة إلى التحول ، إذ فرض فيه انصراف نية البائع

(١) أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ vente فقرة ٣٨٩ .

(٢) البيع فقرة ٢٨١ .

المحتملة إلى التحول فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري (١) .

ونأخذ على هذا الرأي أمرين :

أولاً - القول بأن بيع ملك الغير هو في أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض تعارضاً واضحاً مع صريح نصوص التقنين المدني المصري ، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً (٢) .

ثانياً - والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشئ للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة . فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد - لا بعد ذلك - إلى العقد الجديد بدلاً من العقد الباطل . ونية المشتري المحتملة تستعصى على هذا التأويل . فاما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية ، فلا يجوز إثبات العكس ، وينبغي ألا يجوز تبعاً لذلك للمشتري أن يطلب إبطال البيع . وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد ، فلا يكون هناك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح .

١٤٧ - رأى آخر يذهب إلى أنه بيع ملك الغير عقد موقوف :

وعناك رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على النحو المعروف في الفقه الإسلامي . قال بهذا الرأي الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه « النظرية العامة للتأمين العيني » (٣) ، إذ كتب ، ما يأتي : « وقد نصارت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير . على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك . وعدم نفاذ العقد النافذ

(١) الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦٢ - وانظر في رد مطول على هذا الرأي الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٥٤ - ص ٢٤٨ .

(٢) ولا يقال إن هناك استحالة مطلقة في أن يلتزم البائع بنقل ملكية شيء لا يملكه ، فقد بينا أن البائع يمكنه أن يلتزم بذلك ، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه كان الجزاء هو التفسخ لا البطلان المطلق .

(٣) الجزء الأول فقرة ٩٢ .

للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً . والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الماس . وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان (١) .

ويؤخذ على هذا الرأي ما يأتي :

أولاً - لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً ، لما أنتج أى أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي ، كما تقتضى بذلك أحكام الفقه الإسلامى . ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال ، شأنه شأن أى عقد قبل للإبطال ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله . ثم إن المشتري يملك الإجازة ، وللعقد الموقوف في الفقه الإسلامى لا يجيزه إلا المالك الحقيقي .

ثانياً - نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصرى من الفقه الإسلامى باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون (م ٢/١ ملق) ، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . ولذلك قد يصح الأخذ بها في مجاوزة الريل لحدود الوكالة ، فيكون تعاقد موقوفاً على إجازة الموكل ، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها . أما هنا فيوجد كما رأينا نص تشريعى صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال لا عقداً موقوفاً ، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح (٢) .

(١) ويشير الأستاذ هفيق شحاتة في الحاشية إلى نظرية الفقه الإسلامى في البيع الموقوف ، وإلى المادة ١٠٨ من التقنين المدنى الألماني وتقتضى بأن العقد الصادر من القاصر بدون إجازة الوصى هو عقد غير نافذ ، وإلى المادة ١٠٩ وتقتضى بأن الطرف الآخر في التعاقد يستطيع الرجوع في العقد ما لم يجزه الوصى .

(٢) وهذا لا يمنع ، من ناحية السياسة التشريعية ، أن نظرية للعقد الموقوف تفضل بكثير نظرية العقد القابل للإبطال في بيع ملك الغير . وقد بسطنا ذلك تفصيلاً في كتاب « مصادر الحق في الفقه الإسلامى » الجزء الرابع ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧ .

١٥٨- الرأى الذى نقف عنده - بيع ملك الغير قابل للإبطال

بموجب نص خاص فى القانون أنشأ بطوره : لذلك لا زى بدا من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوف ، بل هو عقد قابل للإبطال كما يقطع بذلك صريح النص فيما قدمناه . ونعيد هنا ما كنا نقوله فى هذا الصدد فى عهد التقنين المدنى السابق (١) ، فان التقنين المدنى الجديد لم يدخل أى تعديل فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير :

لا يسعنا ، إزاء تضارب الآراء فى تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، إلا أن نرجع إلى الأصل التاريخى لهذا البطلان . كان بيع ملك الغير فى القانون الرومانى صحيحاً ، لأن البيع فى هذا القانن لم يكن من طبيعته نقل الملكية ، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشتري وأن يضمن له دوام هذه الحيازة دون تعرض من أحد (٢) . وغير المالك قد يستطيع أن يقوم بذلك ، ومن ثم كان يبيعه صحيحاً . وكان يترتب على ذلك أن المشتري لشئ غير مملوك للبائع لا يستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع إلا إذا تعرض له المالك الحقيقى ، فيبقى قبل هذا التعرض مهدداً دون أن يستطيع شيئاً قبل البائع . واستمرت الحال على ذلك فى القانون الفرنسى القديم ، رغم أن البيع أخذ يتدرج فى طبيعته إلى عقد ناقل للملكية . ثم لما قرر التقنين المدنى الفرنسى ، ومن بعده التقنين المدنى المصرى القديم والجديد ، بعبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية ، أصبح بيع ملك الغير منافياً لطبيعة عقد البيع . فنص المشرع على جعل هذا البيع قابلاً للإبطال لحماية المشتري ، فيستطيع هذا ، قبل أن يتعرض له المالك الحقيقى ، أن يادى البائع بطلب إبطال البيع ، فلا يبقى مكتوف اليدين ينتظر تعرض المالك الحقيقى حتى يتمكن من تصحيح موقفه (٣) .

فالعلة إذن فى كون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال هى منافاة هذا العقد لطبيعة

(١) مذكرات غير مطبوعة فى البيع للمؤلف سنة ١٩٢٧ - عقد الإيجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ ص ١٠٨ هامش رقم ٢ - نظرية العقد للمؤلف سنة ١٩٣٤ ص ١١٦ هامش رقم ٢ .

(٢) بودوى وسينيا فقرة ١١٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ .

(٣) بودوى وسينيا فقرة ١١٩ مكررة .

البيع . ولكن العلة وحدها لا تكفي ، فنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون حلة معقولة للبطلان ، ولكن ليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد . فسبب إبطال العقد ، وفقاً للقواعد العامة ، ليس إلا نقص الأهلية أو عيباً من عيوب الرضاء . لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ بطلان بيع ملك الغير ، ويستند إلى العلة المعقولة التي قدمناها ، وقد وجد هذا النص . فهو نص منشئ للبطلان لا كاشف عنه (١) ، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية (٢).

وأكثر الفقهاء يفترضون أن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ثم يبحثون في نطاق هذه القواعد عن سبب البطلان ، فيستخدم الخلاف بينهم ويتضاربون . والواقع من الأمر أن البطلان هنا خاص بالبيع ، أنشاء نص تشريعي خاص ، لعله معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع . ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان . من ذلك أن بيع ملك الغير يجزئه المالك الحقيقي ، وينقلب صحيحاً إذا أصبح البائع مالِكاً للمبيع ، مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقلب صحيحاً إلا إذا أجازاه العاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري (٣) . فلا بد إذن من القول

-
- (١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ .
(٢) وهذا هو المقرر فعلاً في التقنين المدني الألماني حيث لا يوجد نص حل بطلان بيع ملك الغير . فالبايع في هذا التقنين يلتزم بنقل ملكية الشيء إلى المشتري (م ٤٣٣) ، فإذا لم ينفذ التزامه جاز للمشتري طلب فسخ البيع (م ٤٤٠) . وتنفيذ الالتزام بنقل الملكية يكون بانفاذ تال مستقل من عقد البيع مع قيده في السجلات العقارية بالنسبة إلى العقار (م ٨٧٣) ، أو مع التسليم بالنسبة إلى المنقول (م ٩٢٩) . ويستطيع المشتري في بيع ملك الغير في القانون الألماني أن يرفع دعوى الفسخ حل البائع ، حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي ، وفي هذا يختلف القانون الألماني من القانون الروماني اختلافاً بينا (سأل في الالتزامات فقرة ١٥٢ و فقرة ٢٠٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٥ ؛ هاشر رقم ٣) . وانظر أيضاً في تقنين الالتزامات السويسري المادة ١٨٤ في الالتزام بنقل الملكية ، والمادة ٦٥٦ في نقل ملكية العقار باتفاق تال ينفذ في السجل العقاري ، والمادة ٧١٤ في نقل ملكية المنقول بندق تال يصحبه التسليم .
(٣) وسرى أن المشتري إذا كان له أن يجزى بيع ملك الغير ، فإن المالك الحقيقي له أيضاً أن يجزى ، بل إن إجازة المالك الحقيقي أبلغ أثراً من إجازة المشتري ، فهي تغلب العقد =

بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعى صريح واستند فى إنشائه إلى علة معقولة (١) .

== صحيحاً وتجعله فى الوقت ذاته سارياً فى حق المالك . وسرى أيضاً أن العقد ينقلب صحيحاً بمجرد أن يصبح مالكا للبيع ، وهذه خصوصية لا تعرف فى العقد القابل للإبطال طبقاً للقواعد العامة .

(١) قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٤٩ - ص ٥٠ - والأستاذ إسماعيل غانم ص ١٥ - وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٤ ص ٣٩١ - ص ٣٩٢ .
وقد قررنا هذا الرأى نفسه فى كتاب الإيجار فى العبارات الآتية : « بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً ، ولكن هذا البطلان غير مستمد من القواعد العامة ، لأنه خاضع فى مصدره وفى أحكامه إلى مبادئ أخرى خاصة به . فمن العبث إذن أن نحاول البحث فى القواعد العامة على ما يستند إليه بطلان بيع ملك الغير . أما العلة فى البطلان فمراجعة إلى أن أصبح ناقل بصيعة للملكية ، ولم يكن كذلك من قبل . فقد كان البائع فى القانون الرومانى لا يلتزم بنقل الملكية بل ينقل مجرد الحيازة ، ولذلك كان بيع ملك الغير صحيحاً . واستمر الحال كذلك فى القانون الفرنسى القديم . مع الالتجاء إلى بعض أوضاع تسهل نقل الملكية . أما فى القانون الفرنسى الحديث فقد تقرر أن للبائع يلتزم بنقل الملكية ، ولذلك تغيرت طبيعة البيع ، وأصبح بيع ملك الغير منافساً لها . ولاحظ واضع قانون نابليون هذا التغير فرتبوا عليه نتيجة المنطقية وهى بطلان بيع ملك الغير . ولم تكن علة البطلان - وهى تناقض بيع ملك الغير مع طبيعة البيع - عز وجاهاً بكانية وحدها فى تقرير البطلان من الوجهة القانونية ، لأنها لا تستند إلى مبدأ عام يطبق على جميع العقود . وكان لا بد من نص صريح ينشئ البطلان ويخلفه ، فالمواد ٢٦٤/٣٣٣/١٥٩٩ تعتبر نصوراً منشئة لا مقررة ، بحيث لو كانت غير موجودة لما جاز القول ببطلان بيع ملك الغير حتى مع بقاء حلة البطلان المشار إليها (وهذا هو الأمر فى القانون الألمانى) - ونرى مما تقدم أنه حتى يكون إيجار ملك الغير باطلاً ، يجب وجود نص خاص بذلك ، ولا يصح القياس على البيع - وفى الوقت الذى كان بيع ملك الغير فيه يعتبر صحيحاً ، كان يترتب على ذلك أن المشتري لا يستطيع أن يحرك ملكاً قبل أن يتعرض له المالك المحقق . فلما أصبح البيع ناقلاً للملكية ، كان هذا كافياً لإخراج المشتري من هذا المأزق حتى ولو لم يتقرر بطلان بيع ملك الغير ، لأنه كان يستطيع طلب فسخ البيع - دام البائع لم يقم بالتزامه من نقل الملكية . ولكن المشرع - مراعاة للاعتبار المتقدم وهو أن تغيير طبيعة عقد البيع وضرورته عقداً ناقلاً للملكية يستلزم منعقياً بطلان بيع ملك الغير - قررو أيضاً هذا البطلان . فأصبح المشتري بالخيار بين أن يلجأ إلى الاحتياء بالمبادئ العامة ويطلب الفسخ - بعد أن يميز البطلان ولو ضمناً . وبين أن يلجأ إلى الحماية الخاصة التى أعطاها له القانون بالنص الخاص بالبطلان ليطالب بطلان العقد ، والفرق واضح بين دعوى الفسخ ودعوى البطلان ، (عقد الإيجار للذات سنة ١٩٢٩ فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣) .

ويتفق معنا الأستاذ حلى بهجت بدوى فى أن بطلان بيع ملك الغير غير مستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعى خاص . ولكنه يقول إن الاتفاق إذا كان من شأنه نقل الملكية ==

١٥٩ - بيع عقار الغير قابل للإبطال بعد التسجيل وقبل: وبإلحاق

== في الحان، و... قبل للإبطال أما إذا كان الامتناع لا ينقل الملكية في الحان هل يمكن بتقرير التزام في مدة البائع بنقلها، فلا تناقض، إذ يجب أن يحصل التنازع عن الملكية وينقله المشتري وبذلك ين بانتهاء (انظر مثلاً في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٥٩٩). وفي رأينا أن البيع الذي يقرر التزاماً بنقل الملكية في مدة البائع لا يختلف في طبيعته عن البيع الذي ينقل الملكية في الحان، فليس لا ينقل الملكية إلا لأهلاً أولاً ينشئ التزاماً بنقلها، ثم ينفذ الالتزام فتنتقل الملكية فعلاً. ولذلك لا نفرق - من حيث طبيعة العقد - بين بيع العقار غير المسجل ويقرر التزاماً بنقل الملكية، وبين انتقال المسجل وينقل الملكية فعلاً. فكلاهما عقد ناقل للملكية تتناقص طبيعته مع بيع ملك الغير، وكلاهما قابل للإبطال. وقد اضطر الأستاذ حلي بهت يدعى، وهو ينكر على بيع العقار غير المسجل طبيعته كمقد ناقل للملكية، أن ينكر هذه الطبيعة أيضاً على بيع العقار غير المسجل، إذ التسجيل لا يغير من طبيعة العقد، ولا يبطئه إذ كان صحيحاً. وقاده هذا منطق إلى اعتبار بيع عقار الغير بعد تسجيله صحيحاً، بخلاف ذلك الدفعة والإجماع. ونستمد إلى هذه المسألة فيما يلي.

ويتفق معنا كذلك الأستاذ حامد زكي في أن بطلان بيع ملك الغير ليس تطبيقاً للقواعد العامة بل إنشاءً للشارع بنص خاص. ولكن... البطلان عنده نرجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري على الملكية وانتقالها إليه، سواء تم هذا الانتقال وقت الاتفاق أو كان متأخراً إلى حين حصول التسجيل، فمن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو انتقال الملكية، ولذا أبطل المشرع قصره. (الأستاذان أحمد نجيب الملال وحامد زكي ص ٢٦٦). ولا نرى فرقا، في استظهار علة البطلان، بين القول بأن ذلك راجع إلى أن البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية فتتناقض طبيعته مع بيع ملك الغير، والقول بأن ذلك راجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو أن يحصل المشتري على الملكية ومن يبيع ملك غيره لا يحقق هذا المقصود، فالتمييز وإن كانا مختلفين نظرياً على فكرة جوهرية واحدة.

انظر في استعراض هذه الآراء وانتقاداتها الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٥ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١ - وينتهي إلى القول: «ويبدو لنا، بعد عرض هذه الآراء، أن نص المشرع على قسبة بيع ملك الغير للإبطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للمقود الأخرى كالإيجار مثلاً، لا يستند إلى أي أساس قبيح. وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية، وقد تأثر فيه المشرع المصري بمسلك القضاء الفرنسي الذي لم يلتزم حدود النص، وخرج عما قصده واضعوا قانون نابليون الذين يبدو أنهم كانوا يقصدون تقرير البطلان المطلق... ولهذا فنتهي إلى أن لا يوجد أساس قبيح يبرر إبطال بيع ملك الغير. وربما كان مسلك القضاء الفرنسي الذي تأثر به المشرع المصري قد جاء نتيجة الرعية في تكملة أحكام ضمان الاستحقاق... ولهذا نحن نرى من الشرائع الفرنسية يقولون إن دعوى إبطال ملك بيع الغير ليست إلا إعمالاً لضمان الاسم إذ قبل أن يتحقق الترضي الفعلي، أو أنها تكملة لأحكام ضمان» (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٦١ و ص ٢٦٢ و ص ٢٦٤).

أن يبيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية، سواء سجل أو لم يسجل . فلم يغير قانون التسجيل ، ولا قانون الشهر بعده، من طبيعة عقد البيع . ونصوص هذين القانونين صريحة في هذا المعنى . فنص المادة الأولى من قانون التسجيل على أن جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض التي من شأنها إنشاء ملكية . . يجب شهرها بواسطة تسجيلها . . وتنص المادة التاسعة من قانون الشهر على أن جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . فيبيع العقار قبل أن يسجل لا يزال من شأنه - أو من طبيعته - نقل الملكية ، إذ ينشئ التزاماً بنقلها في جانب البائع . فيبيع عقار الغير إذن لا يزال متافياً لطبيعة عقد البيع ، ومن ثم فعلة البطلان في البيع غير المسجل موجودة ، والنص على البطلان عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل . بل إن التفتين المدنى الجديد جاء حاسماً في هذا الصدد ، فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري لإبطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع ، إذ يقول في نهاية الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ : « ويكون الأمر كذلك (أى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع) ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » . وما دامت هلة البطلان موجودة ، وما دام النص المنشئ للبطلان عاماً يشمل العقد المسجل والعقد غير المسجل ، وجب القول إن بيع عقار الغير يكون قابلاً للإبطال قبل تسجيله ، ويبقى بطبيعة الحال قابلاً للإبطال بعد التسجيل .

ولا يمكن أن نقول بأن بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل . قابليته للتسجيل بعده (١) . فان التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً ، فلو كان بيع عقار الغير صحيحاً قبل التسجيل فانه ينبغي أن يستمر صحيحاً بعده (٢) . ولما كان بيع عقار الغير قابلاً للإبطال قبل التسجيل ، فانه يجب أن يستمر قابلاً للإبطال بعد التسجيل .

(١) وهذا ما قاله الأستاذ أحمد نجيب الحلال فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - وهذا هو الأسرى القانون الألمان كما سبق القول .

كذلك لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير حتى يكون باطلا يجب أن يكون المنسود بالبيع نقل الملكية في الحال، والبيع غير المسجل لا ينقل الملكية في الحال، فبيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل، ويبقى صحيحاً بعد التسجيل لأن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً (١). ذلك أنه يجوز أن يقصد المتعاقدان نقل الملكية في الحال، ولكنهما لا تنتقل فعلاً لسبب لا يرجع إلى إرادتهما. ففي حالة البيع غير المسجل لا يزال المتعاقدان يقصدان نقل الملكية في الحال، ولكن يحول دون ذلك ضرورة التسجيل وهو وضع اقتضاه القانون لإرادة المتعاقدين. فتبقى علة البطلان - وهي قصد نقل الملكية في الحال - متوافرة في بيع عقار الغير قبل التسجيل، فيكون هذا البيع قابلاً للإبطال، وقد ورد نص التفتين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) صريحاً في هذا المعنى كما سبق القول (٢).

(١) وهذا ما ذهب إليه الأستاذ حلمي حجت بدوى في المقارن المشار إليه بدوى والاقتصاد ١ ص ٩٨ وما بعدها). فهو يرى - كما سبق القول، أن علة بطلان بيع ملك الغير هي أن الملكية في البيع يجب أن تنتقل في الحال، ومن يبيع ملك غيره لا يترتب عن بيعه هذا الأثر. ولما كانت هذه العلة قد زالت بصدر قانون التسجيل، فقد زال سبب البطلان. ومن ثم يكره بيع عقار الغير ورأيه صحيحاً قبل أن يسجل، ويبقى صحيحاً حتى بعد تسجيله. هذا وقد قسم التفتين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) كل خلاف في هذه المسألة نص صريح كما قدمنا.

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أمور صدر فقرة ٤٠١ - الأستاذان سليمان مرقس فقرة ٢٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٩١ - وهذا هو الرأي الذي قلنا به في عهد التفتين المدني السابق، وأرجزناه في كتاب الإيجار في المبادئ الآتية: وهذا ويلاحظ أن بيع ملك الغير في مصر لا يزال باطلاً حتى بعد صدور قانون التسجيل الحديث، لأن البيع لا يزال من طبيعته نقل الملكية، إذ هو يولد التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية، وإن كانت لا تنتقل إلا بالتسجيل. وعن ذلك فالناقض بين بيع ملك الغير وطبيعة البيع لا يزال موجوداً، والنص المنشئ، لبلدان (م ٣٣٣/٢٦٤) لا يلغى قانون التسجيل. ومن ثم قلنا ببطلان بيع ملك الغير، سواء قبل تسجيل العقد أو بعد التسجيل. ولا يصح في نظرنا القول بأن بيع ملك الغير صحيح قبل تسجيل العقد باطلاً بعد التسجيل - أنظر الأستاذ الحلالي في البيع فقرة ٣٤٠ - فقرة ٣٤٨ - لأن التسجيل لا زال حتى الآن مجرد الإشهار، وليس من شأنه أن يجعل بيع صحيحاً أو يصحح عقداً باطلاً (عقد الإيجار للدولة - فقرة ٧٨ ص ١٠٩ هامش رقم ٣ - وأنظر أيضاً حجة العقد ٤٤٤ ص ٩٦١ هامش رقم ١).

وأنظر أيضاً في هذا المعنى في عهد التفتين المدني السابق الأستاذ حجت بدوى (البيع ١ ص ٩٨) وأمر بربط الحلالي (١ ص ١٠٩) رقم ١٧٤ - فقرة ١٧٥.

ب - أحكام بيع ملك الغير

١٦٠ - فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك الحقيقي : بعد أن أصلنا بطلان بيع ملك الغير على النحو المتقدم ، ننقل إلى بيان أحكام هذا البيع : (أولاً) فيما بين المتعاقدين (ثانياً) بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

أولاً - فيما بين المتعاقدين :

١٦١ - المشتري وعده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع : لما كان بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، فالمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع (م ١/٤٦٦ مدني) . وله أن يتمسك بإبطال البيع ، إما في صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو ليستبق ضمان الاستحقاق ، وإما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا بالثمن (١) .

وللمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي (٢) ، وحتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع . فهو إنما رضى بالبائع معتقداً أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه ، فإذا تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك ، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي ، بل له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع . وهذه هي المزية الجوهرية في أن المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، كما سبق القول .

وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال (٣) ، فقد ثبت حقه في إبطال البيع . وينتج عن ذلك على القاضي أن يحكم له بذلك ، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم ، مادام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بودري وسينيا فقرة ١٤٩ ص ١١١ - بيدان ١ . فقرة ١٠٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٠ - ص ٥١ كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٦٧ .

(٢) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٨ .

(٣) وسرى أن دعوى الإبطال هي غير دعوى الفسخ وغير دعوى ضمان الاستحقاق .

إقرار المالك الحقيقي أو قبل صيرورة البائع مالكا . ذلك أن القاضى إنما يرجع في حكمه إلى وقت رفع الدعوى ، وفي هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقي قد أقره أو أصبح البائع مالكا للمبيع (١) .

وتسقط دعوى الإبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت هم المشتري بأن البائع لا يملك المبيع ، وتسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأنه إذا أقر المالك الحقيقي البيع قبل أن يتسلط المشتري بالإبطال بإجراء صحيح ، فإن البيع ينتقل صحيحا (١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٢ ص ١٠٨) . وقضت أيضا بأن البائع أن ينجح بإقرار المالك الحقيقي لبيع في دعوى الإبطال التي رفنها المشتري (٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٥) . وبسبب القضاء المرنس من هذا السبب (أنظر بودرى وسينا فقرة ١١٩ ص ١١٤ - ١١٥ - بلايود وريبير وبولايجيه ٢ فقرة ٢٣٢١) وأحكام القضاء المذكورة المشار إليها) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختصة بأن خرد رجوع المشتري من البيع في بيع ملك الغير وإعلان البائع بهذا الرجوع (أى ولو قبل رفع الدعوى) قبل صدور الإقرار من المالك الحقيقي يكتفى لسقوط البيع ، ولو أقر المالك بعد ذلك (٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢ - وانظر أيضا في هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٣٣٤ ص ٤٤٦) .

وعلى العكس ما تقدم قضت محكمة استئناف مصر بأن إحارة بيع ملك الغير ، إذا تمت بعد رفع الدعوى وقبل الحكم ، تعتبر قياما من جهة البائع لمك إعياء بتنفيذ تهمته وهو فقل الملكية ، ويصح قبول الاجازة بعد رفع الدعوى متى لم يصب المشتري ضرر من هذا التأخير ، وذلك بناء على أن بيع ملك الغير قابل للفسخ (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٢٩ ص ٨٤ - وانظر أيضا في هذا المعنى جيوار فقرة ١٨٩ - دى هنس ، لفظ vente ص ١٤ - الأستاذين أحمد مجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١٧٩ ص ١٧١) .

ولاشك في أن إبطال البيع بمجرد إعلان المشتري رجوعه فيه وقبل رفع دعوى الإبطال ، بالرغم من إقرار المالك الحقيقي لبيع أو صيرورة البائع مالكا وذلك قبل رفع الدعوى ، يتعارض مع النص الصريح (م ٤٦٧ مدني) . أما قبول إقرار المالك الحقيقي بعد رفع دعوى الإبطال وقبل صدور الحكم ، أو صيرورة البائع مالكا ما بين هاتين الفترتين ، فقد يتفق مع المبدأ القاضى بتحرير التعسف في استعمال حق الإبطال ، إذا ظهر أنه لم تعد المشتري مصلحة بعد ذلك في التمسك بالإبطال . ونظير ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٤ مدني من أنه : ١٥ - ليس لمن وقع في غلط أن يتسكك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويقبى بالأخص مزمعا بالاعتد الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد .

(١٩٠ - اوسيط - ٤)

البيع ، وهذا قياساً على سائر دعاوى الإبطال (١) .

أما البائع فلا يملك طلب إبطال البيع ، لأن الإبطال لم يتقرر لمصلحته بل لمصلحة المشتري (٢) . وهناك رأى وجيه يذهب إلى أن للبائع طلب إبطال البيع للغلط ، إذا كان مجهول وقت البيع أن المبيع غير مملوك له (٣) .

(١) أنظر من هذا الرأي في الفقه المصري الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٩٦ ص ٥٨١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٠ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٧ - ص ١٨ - وفي الفقه الفرنسي : أوبري ورو . فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - ص ٥٢ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣١٨ .

ومع ذلك فقد ذهب الأستاذ سليمان مرقس - ويوافقه الأستاذ محمد كامل مرسى (فقرة ٢٢٣ ص ٤٤٤) - إلى أن المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكماً لتقادم خاصاً بهذا الحق ، فتسرى عليه الأحكام العامة . غير أن المادة ١٤٠ التي حددت مدة تقادم دعاوى الإبطال بثلاث سنوات قد هيئت في كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة ، وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية ، ولم تحدد مبدأ مدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير . فيستبين القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد ، وبأن الحق في رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضي ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بالمدة الأخيرة إلا في الحالات التي حدد فيها مبدأ هذه المدة تالياً لوقت إبرام العقد . أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد ، فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٩ ص ٤٩٩ - ص ٤٥٠) . ونخالف هذا الرأي ، فإن المواد ١٣٨ - ١٤٠ مدني جاءت العبارة فيها عامة تشمل جميع العقود القابلة للإبطال أيما كان سبب البطلان ، فيدخل فيها بيع ملك الغير ، ويسقط الحق في إبطال هذا البيع بثلاث سنوات (م ١/١٤٠ مدني) . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدني لم تحدد مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى بيع ملك الغير ، فقياساً على الأحوال التي حدد فيها النص مبدأ سريان التقادم - ويستخلص منها أن مبدأ السريان لا يكون إلا عند تمكين صاحب الحق في الإبطال من رفع الدعوى - يجب القول بأن التقادم في حالة بيع ملك الغير لا يبدأ سريانه إلا من وقت تمكين المشتري من رفع دعوى الإبطال أي من وقت علمه بأن البائع لا يملك المبيع . وقياساً أيضاً على الحالات المتقدمة - الغلط والتدليس والإكراه - تسقط دعوى الإبطال أيضاً بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور بيع ملك الغير . وليس صحيحاً أن مدة الثلاث سنوات تبدأ دائماً من وقت تال لإبرام العقد ، فقد تبدأ من وقت إبرام العقد ، كما إذا انقطع الإكراه بمجرد تمام العقد فتتقادم دعوى الإكراه بثلاث سنوات من هذا الوقت ، وكما إذا كان المشتري في بيع ملك الغير يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع فتتقادم الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت صدور البيع (الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٨) .

(٢) بيدان ١١ فقرة ١٠٥ .

(٣) ديفرجه ١ فقرة ٢٢٠ - ماركاديه م ١٥٩٩ فقرة ٢ - كولاد وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣١٨ - الأستاذان ==

١٦٢ - وللشئى أنه يطلب التعويض : ولا يقتصر المشترى على

طلب إبطال البيع ، بل له أيضاً أن يطلب بتعويض ما أصابه من ضرر ، من خسارة لحقت به أو كسب فاته ، بسبب إبطال البيع (١) . ولكن بشرط فى ذلك أن يكون حسن النية (٢) ، أى ألا يكون وقت البيع حالماً بأن البائع لا يملك المبيع (٣) . أما إذا كان يعلم ذلك ، فإنه يستطيع أن يطلب بإبطال البيع ، ولكنه لا يسترد إلا الثمن دون أى تعويض ، بل دون مصروفات البيع التى أنفقها ،

= أحد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١٨٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٨ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤١ ص ١٠٠ - بل يذهب بعض الفقهاء إلى أن البائع حتى لو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إلا أن لم يسلمه إلى المشترى ، لأن إجبار البائع على تسليم المبيع وهو ليس بمالكه فيه إكراه له على أن يمتنع على ملك الغير (يبدان ١١ فقرة ١٠٥) .

على أن طائفة من الفقهاء يذهبون إلى أنه لا يجوز للبائع طلب إبطال البيع ، سواء كان سيئ النية أو حسن النية ، لأن طلب الإبطال لم يتقرر إلا لمصلحة المشترى ، ولأن التزام البائع بالنسار يتعارض مع إبطاله للبيع ، ولأن البائع حتى لو كان حسن النية مقصر فى بيعه شيئاً غير مملوك له : بودرى وسبينا فقرة ١١٩ ص ١١١ - ص ١١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٠ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٣٩٩ - وانظر عرضاً لهذه الآراء المختلفة : الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى ص ١٧٥ هامش رقم ٣ .

ولا يجوز للمالك الحقيقي أن يظن فى البيع بالإبطال ، إذ أن البطلان لم يقترن لحايته هو بل لحماية المشترى ، وإنما يرفع دعوى استرداد المبيع من تحت يد حائزته ، ولا يحتاج عليه بالبيع فالباع غير نافذ فى حقه (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١) .

(١) ويميل الفقه الفرنسى إلى جعل معنى التعويض هنا كداه فى ضمان الاستحقاق (يبدان ١١ فقرة ١٠٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .

(٣) ويكون حسن النية لو جهل ذلك ، حتى لو كان جهله راجعاً إلى خطأ جسيم و جانب (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ - قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤١ - يبدان ١١ فقرة ١٠٨) .

ذلك أنه أقدم على البيع وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع ، فهو الذى يحمل تبعه ذلك (١) .

ولا يشترط في جواز المطالبة بالتعويض أن يكون البائع مبيعاً النية ، أى أن يكون عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له . فحتى لو كان البائع حسن النية ، يعتقد وقت البيع أنه مالك للمبيع ، لم يمنع ذلك من جواز أن يطالب المشتري بتعويض على النحو المتقدم (٢) . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٤٦٨ مدنى إذ تقول : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجمل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (٣) » .

ومصدر التعويض ، بعد إبطال البيع ، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه ، فقد زال بالإبطال . وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض في حال سوء نية البائع في الخطأ التقصيرى ، وفي حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد

(١) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - أوبرى ورو .
فقرة ٣٥١ هاش ٤٨ - بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٤٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .
ولكن يجوز للمشتري ، حتى لو كان عالماً وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع ، أن يشترط في عقد البيع الرجوع بالتعويض على البائع فوق استرداده للثمن إذا انتزع المالك الحقيقي المبيع من يده (بلانيول وريبير هامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - أنيكلو يدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٤٠٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٥) - وهل العكس من ذلك لا يستطيع البائع إخلاء نفسه من المسؤولية عن التعويض إذا كان أساس هذه المسؤولية هو الخطأ التقصيرى إذ لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية (الأستاذ منصور معطى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢) .

(٢) قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٤٦ مكررة .

(٣) نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢١ - ولكن قارن في عهد التقنين المدنى السابق رأياً يذهب إلى أن البائع حسن النية لا يكون مسئولاً عن التعويض ، استناداً إلى النص الفرنسى للمادة ٢٣٣/٢٦٥ وهو يشترط في التعويض سوء نية البائع (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨ - دى هلتس ه لفظ vente فقرة ١٩ - والتون ١ ص ٣٣٩ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ١٨٦ - فقرة ١٨٨) .

(culpa in contrahendo) (١). كما يجوز القول هنا بتحول العقد ، فتحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض ، على أساس أن التبعة المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت إلى هذا الإلزام لو أنهما كانا يعلمان أن البيع سيطل (٢) .

١٦٣ - وللمشتري أنه يجزى البيع - وهو الفسخ وصحاح

الاستحقاق : متى أن المشتري قد لا يطلب إبطال البيع ، بل يجزئه صراحة أو ضمناً (٣) ، فينقلب البيع صحيحاً ، ويبقى منشأاً لالتزامات في جانب البائع والتزامات في جانب المشتري . ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لأن المالك الحقيقي وهو أجنبي عن العقد لا تنتقل منه الملكية إلا برضائه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ مدني إذ تقول : « وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ، ولو أجاز المشتري العقد »

وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال ، وتقلبه صحيحاً فيما بين المتعاقدين كما قدمنا . فيكون البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع وتسليمه (٤) وبضمان

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٦ ص ٤٤٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢ - الأستاذ إسماعيل خاتم ص ١٨ .

(٢) ويقول بعض الفقهاء الفرنسيين إن مصدر المسؤولية عن التعويض إذا كان البائع حسن النية هو أنه يعتبر مقصراً إذ باع ما لا يملك ، وإذا كان سيئ النية فصدر المسؤولية هو اختلاسه لملك الغير (stellionat) (بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣١٩) . ويقول فقهاء آخرون بأن مصدر التعويض هو خطأ البائع في أنه باع ما لا يملك ، ولكن مسؤولية البائع ليست مسؤولية تعاقدية لأن العقد قد أبطل ، ولا هي مسؤولية تقصيرية لأن الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد ، ولكنه خطأ يتقدم العقد (précontractuelle) (بيدان ١١ فقرة ٩٨ ص ٦٧ . ويشير إلى رسالة روبيه ليون سنة ١٩١١) .

(٣) وتستخلص الإجازة الضمنية من تنفيذ المشتري لبيع مختاراً بعد علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع ، كأن ينظم المبيع أو أن يدفع الثمن (بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٢) .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٢ - وهناك خلاف في التزام البائع بتسليم المبيع ، فقد قدمنا أن هناك رأياً يذهب إلى أن البائع أن يدفع دعوى المشتري بالتسليم ولو كان =

الاستحقاق (١) والعيوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع . ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسليم المبيع .

ولكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه ، فان المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع ، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق (٢) .

١٦٤ - ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بأجلونه ملكية المبيع الى

البائع : ولا ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً باجازه المشتري فحسب ، بل هو أيضاً ينقلب صحيحاً باقرار المالك الحقيقي كما سنرى ، وينقلب أخيراً صحيحاً

= البائع سمي النية حتى لا يجبر على الاعتداء على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥) . وهناك رأى آخر يذهب إلى وجوب أن يكون البائع حسن النية ليكون له هذا الدفع ، إذ يستطيع عندئذ أن يظن في البيع بالغلط (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩) . انظر آنفاً فقرة ١٦١ .

ولكن إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، لم يستطع أن يسترده منه ليطعمه إلى المالك الحقيقي ، ذلك أنه يضمن تعرضه الشخصي (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٨ ص ٤٤٧)

(١) والفرق بين الرجوع بضمان الاستحقاق بعد إجازة البيع والرجوع بدعوى الإبطال دون إجازة البيع ، أن دعوى الاستحقاق لا يرفعها المشتري إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي فعلاً وطالب برد المبيع ، أما دعوى الإبطال فيرفعها المشتري حتى قبل تعرض المالك الحقيقي له . حل أن المشتري بعد إجازة البيع وقبل تعرض المالك الحقيقي يستطيع أن يرفع دعوى الفسخ .

(٢) ونقول المذكرة الايضاحية لمشروع التمهيدى : « وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك الغير وضمان الاستحقاق ، فإن الاستحقاق إذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكملة لأحكام بيع ملك الغير . ويتربط حل ذلك أن المشتري في بيع ملك الغير يكون بالخيار ، إذا استحق المبيع في يده ، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق . ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالب به لو اختار إبطال العقد » (مجموعة الأحكام التحضيرية ٤ ص ١٩٤) .

وتعليل عدم جواز الحكم بتعويض حل البائع حسن النية في دعوى الفسخ أن العقد إذا أُجيز ثم فسخ ، انعدم مصدر التعويض حل أساس الخطأ في تكوين العقد إذا أن هذا الأساس يفترض أن العقد لم يتكون ، وحل أساس التصول إذ أن هذا الأساس يفترض أن العقد نشأ باطلاً أو قابلاً للإبطال وبقي كذلك . فلم يبق إلا أساس الخطأ ، وهذا الأساس أيضاً يستبعد إذا كان البائع حسن النية .

إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد . وهذا ما تنص عليه صراحة
الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني ، إذ تقول : « وكذلك ينقلب العقد صحيحاً
في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » .

ذلك أنه إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع - كأن ورث البائع المالك الحقيقي
أو اشترى المبيع منه أو تلقاه وصية أو نحو ذلك - وهو يزال ملتزماً بنقل الملكية
لأن المشتري لم يتمسك بعد بإبطال البيع (١) ، فإن هذا الالتزام ينفذ فوراً
ما دام العائق الذي كان يحول دون تنفيذه ، وهو انعدام الملكية عند البائع ،
قد زال وأصبح البائع مالكا . ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري - بعد التسجيل
في العقار - بمجرد إيلوتها للبائع (٢) . ومتى أصبح المشتري مالكا للمبيع ، لم
يعد هناك محل لإبطال البيع ، لأن الإبطال تقرر لحماية المشتري وقد أصبح الآن
في غير حاجة لهذه الحماية . فينقلب البيع صحيحاً ، وذلك بحكم القانون لا بحكم
الإجازة . ويكون البائع ، بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ، ملتزماً

(١) وقد قلنا أنه إذا رفع المشتري دعوى الإبطال قبل إيلولة ملكية المبيع إلى المشتري ،
وجب الحكم بإبطال البيع ولو أصبح المبيع ملكاً للمشتري قبل صدور الحكم النهائي (هوديوسينا
فقرة ١١٩ ص ١١٤ - ص ١١٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٢١) . وبينما
أن هناك رأياً يذهب إلى أنه يمكن أن يطلب المشتري إبطال البيع بأية طريقة ولو بمجرد كتاب ،
دون حاجة إلى رفع دعوى الإبطال ، حتى يمنع تصحيح العقد ولو آلت ملكية المبيع إلى البائع
قبل رفع دعوى الإبطال (بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل
مرسي فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٦) . وقلنا إن هذا رأى يتعارض مع النص الصريح (٤٦٧ مدني) .
وذكرنا أن هناك رأياً آخر يذهب ، على العكس من الرأي المتقدم ، إلى أن البيع يصح بإيلولة
ملكية المبيع إلى البائع ، حتى لو تم ذلك بعد رفع دعوى الإبطال ما دام قد تم قبل صدور الحكم
للتبالي (جوار فقرة ١٨٩ - دي هلتس : لفظ vente فقرة ١٤) ، وأستأ هذا على المبدأ
للقاضي بحرم التصف في استهلاك حق الإبطال . وانظر أيضاً الأستاذين أحمد نجيب الهلال
وحامد زكي فقرة ١٧٩ ص ١٧١ ، ولكنهما فيما يتعلق بإقرار المالك الحقيقي لبيع بطلان إلى
أن البيع لا يصح إلا إذا صدر الإقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال (أنظر فقرة ١٨١) -
أنظر في كل ذلك ما قدمناه آنفاً فقرة ١٦١ في الهامش .

(٢) وينتقل المبيع إلى المشتري محملاً بالحقوق التي رتبها عليه المالك الحقيقي قبل أن تنتقل الملكية
منه إلى البائع (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٠ - الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٢٠٤
ص ٤٤٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٩ - - الأستاذان أحمد نجيب
الهلال وحامد زكي فقرة ١٧٩) .

بتسليمه إياه وبضمان الاستحقاق لسبب آخر وبضمان العيوب الخفية . ويكون المشتري من جهته ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبتسليم المبيع (١) .

ثانياً - بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

١٦٥ - إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع : وسواء أجاز المشتري البيع أو لم يجزه ، فإن المالك الحقيقي أجنبي عن هذا البيع ، فلا يسرى في حقه كما قدمنا . ومن ثم يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع إذا لم يقر البيع ، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز المشتري البيع فانقلب صحيحاً . ويترتب على ذلك أنه إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، فإن المالك الحقيقي يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق ، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض .

يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع كما قدمنا ، فيسترده من تحت يده . بل له فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض إذا كان مبيعاً نية . أما إذا كان حسن النية ، فلا يرجع عليه بتعويض ، بل لا يرجع عليه بالثمار فإن المشتري وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة . ويرجع المشتري من جانبه على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . على أن المشتري قد يملك المبيع ، لا بعقد البيع ، ولكن بسبب آخر من أسباب كسب الملكية . فهو إذا كان حسن النية ، يكسب المنقول بالحيازة ، ويكسب العقار بالتقادم القصير . وإذا كان مبيعاً نية ،

(١) وقد قدمنا أن المشتري قد يكسب الملكية ، لا عن طريق أيلولتها إلى البائع ، بل عن طريق التقادم أو الحيازة في المنقول ، فيصح البيع في هذه الحالة بعد زوال السبب الذي كان يدعو إلى إبطاله . وذكرنا أن هناك رأياً يذهب إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يأنزِم بالتسلك بوضع اليد فقد لا يفره ضميره هل ذلك (أنظر آنفاً فقرة ١٥٤ في الهامش) - وقد يكون البائع قد سبق له التصرف فيما باعه ثم استرد ملكيته ، فيصبح مالكا ويصح البيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشتري بأن البائع له ، وإن كان قد سبق أن تصرف في القدر المبيع ، إلا أنه قد استرد ملكيته بدوله من المقد الذي كان تصرف به فيه وأن البيع الحاصل له هو قد أجازاه من كان حصل له التصرف أولاً ، فيجب حل المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وتقفصل فيه بناءً على أدلة متجة لحكمها (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة صر ٤ رقم ١٤٧ ص ٤٠٣) .

يكسب كلام من المنقول والمقار بالتقادم الطويل . فإذا ما كسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم ، لم يستطع المالك الحقيقي أن يسترده منه (١) .

ومن أجل ذلك كان للمالك الحقيقي أن يرجع على البائع بالتعويض . يرجع عليه بالتعويض إذا ملك المشتري المبيع بالحيازة أو بالتقادم كما قدمنا ، فيتقاضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقده للمبيع . وكذلك يرجع عليه بالتعويض حتى لو لم يكسب المشتري ملكية المبيع ، ولكن ملك الثمار وهو حسن النية بموجب الحيازة ، فيتقاضى المالك الحقيقي من البائع قيمة هذه الثمار (٢) . ويرجع عليه بالتعويض أخيراً حتى لو لم يملك المشتري المبيع ولا الثمار ، يطالبه بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده . ومصدر التعويض هنا هو خطأ البائع ، فقد تسبب في الإضرار بالمالك الحقيقي ببيعه شيئاً مملوكاً لهذا الأخير ، لاسيما إذا كان البائع سعيء النية فإنه يكون في هذه الحالة مغتصباً . ويجوز الرجوع على البائع بالتعويض حتى لو كان حسن النية ، فإن حسن النية لا يثنى أن يكون هناك خطأ في جانبه لعدم تحرزه في بيع مالا يملكه (٣) . لكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أى خطأ ، كأن وجد المبيع مثلاً في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه ، لم يكن هناك محل للرجوع عليه بالتعويض .

١٦٦ - إذا أقر المالك الحقيقي البيع : وقد بقر المالك الحقيقي البيع

بالرغم من أنه أجنبي عنه ، وهذه خصوصية في بيع ملك الغير كما قدمنا . وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقيقي إلى المشتري ، إذ زال العائق

(١) بودرى وسهينا فقرة ١٢٥ - وانظر آنفاً فقرة ١٥٤ في الهامش وفقرة ١٦٤ في الهامش .

(٢) استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٣٨ .

(٣) فيكون البائع بالرغم من حسن نية معرضاً لدعوى تعويض يرفعها عليه البائع ، ودعوى تعويض أخرى يرفعها عليه المشتري كما سبق القول . ودعوى التعويض التي يرجع بها المالك الحقيقي على البائع لا يبدأ سريان التقادم بالنسبة إليها من وقت وضع البائع يده على المبيع ، بل من وقت البيع الذي صدر عنه لمشتري فهو سبب التعويض . وتقدر قيمة الشيء وقت وجوب رده للمالك الحقيقي لا وقت البيع (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣) .

الذى كان يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقي بالبيع . ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار في بيع عقار الغير . ومتى انتقلت الملكية إلى المشتري ، فقد انقضى البيع الذى من أجله جعل المشرع البيع قابلاً للإبطال ، فينقلب صحيحاً إقرار المالك الحقيقي (ratification) كما رأينا ، ينقلب صحيحاً بإجازة المشتري (confirmation) . بل إن الإقرار أبعد أثراً من الإجازة ، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين ، بل يجعل العقد فوق ذلك سارياً في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية إلى المشتري (١) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ مدني ، إذ تقول : « إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحاً في حق المشتري » (٢) .

وينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري من وقت صدوره ، أى أن لإقرار المالك الحقيقي كما لإجازة المشتري في هذا الشأن أثر أرجعياً . ويسرى العقد في حق المالك الحقيقي من وقت الإقرار ، فلا تنتقل الملكية منه إلى المشتري إلا من هذا الوقت وهذا فيما يتعلق بحقوق الغير . ويترتب على ذلك أنه إذا كان المالك اعترفى قد رتب حقاً عينياً على المبيع قبل إقراره للبيع ، انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري مثقلة بهذا الحق ، وجاز للمشتري أن يرجع على البائع بضمان مستحقاق الجزئى (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال تحضيرية ٤ ص ١٩٢ .
(٢) استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - وقد قضت محكمة النقض بأن توقيع المالك الحقيقي على عقد البيع الصادر من غيره يبيع ملكه هو باعتباره ضماناً متضامناً مع البائع يعتبر إقراراً بالبيع ، وليس من الضروري أن يرد الإقرار في صيغة إقرار صريح ونفس مدني ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١١ ص ٤٣٣ - أنظر أيضاً نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣١ ص ١٠٦ . ولا يكون إقرار المالك الحقيقي بالبيع إقراراً ضمناً بمجرد قبضه للشر ، بل لا بد أيضاً أن يعرف أن هذا هو ثمن ماله المبيع (استئناف مخطط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢) ، ونصت محكمة الاستئناف المختصة بأن وكيل المسجون لا يجوز له أن يبيع ماله والموكل محجور عنه أثناء تنفيذ الحكم ، فإذا باعه كان البيع مع ملك للغير ، ويقبل إقرار المسجون بعد تنفيذه مدة المنعوبة وذلك المحرر عنه (٢ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٤٦) .

(٣) بردى وسيتينا فقرة ١٢٥ - بلانيزل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٥ ص ٥٤ هاشم .
وص ٥٥ - بيدان ١١ فقرة ١٠٧ - الأ-اذ أنور سلطان فقرة ٤٠٨ - الأ-تاذ سليمان مرقص
فقرة ٢٧٣ .

وإذا ما انقلب العقد صحيحاً باقرار المالك الحقيقي ، بنى مرتباً لالتزاماته .
فيكون البائع ملتزماً بنقل الملكية وقد انتقلت فعلاً باقرار المالك . ويكون ملتزماً
كذلك بضمان الاستحقاق كما إذا كان المالك قد رتب حقاً عينياً على البيع قبل
إقراره لبيع ، وملتزماً بضمان العيوب الخفية . أما المشتري فيكون ملتزماً بدفع
الثمن والمصروفات وبسلم المبيع (١) .

٥٢ - بيع المال الشائع

١٦٧ - صور مختلفة : إذا ملك اثنان أو أكثر مالا بخصص معينة
من غير أن تفرز حصة كل منهم ، فالمال مشاع ، وهم شركاء في الشيوع
(م ٨٢٥ مدني) . ويملك كل شريك في الشيوع حصته الشائعة ملكاً تاماً ، وله
أن يتصرف فيها بجميع التصرفات الجائزة . ويتخذ التصرف في المال المشاع صوراً
متعددة ، نقف عند ثلاث منها :

(١) ويقول الأستاذ سليمان مرقس : « إن إقرار المالك بعد اعتدائه لما دام به البائع ،
فيترتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الإقرار منه بكل ما للزم به البائع ، أي أنه يحل
في عقد البيع ابتداء من هذا التاريخ محل البائع ، وتقوم العلاقة بين وبين المشتري مباشرة .
فيجوز للمالك أن يطالب المشتري بالثمن وأن يعرض عليه تسليم المبيع ، ويجوز للمشتري أن يطالب
المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية عند الاقتضاء . ويترتب
على إقرار المالك أيضاً أن تبرأ ذمة البائع من الالتزامات التي أنشأها عقد البيع ، لأن هذه الالتزامات
تنتقل كما تقدم إلى ذمة المالك . غير أنه إذا كان البائع قد حصل شيئاً من الثمن ، عليه أن يؤدي
منه إلى المالك حساباً ، وأن يدفع إليه رصيد هذا الحساب كما لو كان وكيله في عقد البيع ،
(الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٢ - وانظر أيضاً الأستاذ جيل الشرفاوي فقرة ٤٠ ص ٩٧) .
ومقتضى هذا الرأي أن إقرار المالك للبيع يجعل البائع في حكم النائب عنه ، فيصرف أثر العقد
إلى المالك بعد أن كان منصرفاً إلى البائع ، وذلك بأثر رجعي من وقت البيع - لا من وقت
الإقرار إلا في حقوق الغير - وبمعنى القول هنا إن الإجازة لللاحقة كالوكالة السابقة
(دع باج ٤ فقرة ٢٢ ص ٦٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠١ ص ٥٨٦) .
أو يقال إن المشتري ، في حالة إقرار المالك ، يكون له مدينان بالتضام (in solidum) ،
البائع والمالك ، ويكون هذان كذلك دائنين بالتضام للمشتري (قارن الأستاذ منصور مصطلق
منصور فقرة ١١٢ ص ٢٤٦) .

١ - فتارة يتصرف الشريك في حصته كما هي شائعة ، فيبيعها مثلاً من شخص آخر ، شريك أو غير شريك . وهذه الصورة لا تثير إشكالا ، وهي الصورة الغالبة في التصرف في المال الشائع (١) . وزجىء الكلام في تفصيلاتها ، فكانه الملكية الشائعة . وبلاحظ أن صاحب الحصة الشائعة المنقولة إذا باعها من أجنبي بطريق الممارسة ، كان لشركائه في هذا المنقول الشائع أن يستردوا الحصة المبيعة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمهم بالبيع أو من تاريخ إعلانهم به (م ٨٢٣ مدني) . أما في العقار فللشركاء الأخذ بالشفعة ، وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

٢ - وتارة يتصرف الشريك قبل القسمة في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع الذي لا يملك إلا حصة فيه . ونبحث هذه الصورة هنا في إيجاز ، مرجئين التفصيل إلى حين الكلام في الملكية الشائعة في الجزء الخاص بحق الملكية .

٣ - وأخيراً قد يتصرف الشركاء جميعاً في المال الشائع عن طريق بيع التصفية (licitation) لعدم إمكان قسمة المال عيناً، ونبحث هذه الصورة أيضاً في إيجاز .

١ - بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع أو كل المال الشائع

١٦٨ - بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع : إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فانه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك . ما يملك هو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء . ويجب لبيان الحكم في هذا الفرض أن نميز بين حالتين : فاما أن يكون المشتري عالماً بأن البائع لا يملك الجزء المفرز الذي يبيعه وإنما يملك حصة فيه على الشيوع ، وإما أن يكون غير عالم بذلك ويعتقد بحسن نية أن البائع يملك دون شريك الحصة المقررة التي باعها .

(١) ويختلف المشتري البائع في حصته الشائعة ، وتصبح له جميع الحقوق التي للبائع ، ويدخل في ذلك الحق في طلب القسمة وما يترتب على الأمر الكاشف (بودرى وسينيا فقرة ١٢١ ص ١١٧)

ففي الحالة الأولى يكون المبرور أن المشتري قد اشترى من البائع الجزء المبرور أو ما يملح عمله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة . فإن وقع الجزء المبرور عند القسمة في نصيب البائع فقد خلص للمشتري ، وإن لم يقع تحول حق المشتري بحكم الحلول العيني من الجزء المبرور المبيع إلى الجزء المبرور الذي وقع فعلاً في نصيب البائع (١) . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في التقنين المدني الجديد في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ ، إذ نقول : « وإذا كان التصرف منصفاً على جزء مبرور من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة » . ومن ثم لا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع ، حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين غير الشريك البائع باعتبار أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير (٢) . بل يجب أن يبرر حتى يرى هل يقع عند القسمة الجزء المبرور المبيع في نصيب البائع ، فإن وقع فقد أصبح مالكاً له خلفاً عن البائع ، ومنذ البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة وإلا فقد ملك الجزء المبرور الذي وقع معه في نصيب البائع بفضل الحلول العيني الذي نصت عليه المادة ٨٢٦ مدني (٣) .

(١) استئناف مخطط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٢١ (بيع بالمزاد الجبري)
(٢) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٧ ص ٤٧١ — ص ٤٧٢ — وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة ، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع . فالتبيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا إلى أن المشتري ، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المبرور الذي يبيعه ، يكون قد ارتضى شراء ما يتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة .

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٤ — الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ — وانظر في عهد التقنين المدني السابق : استئناف وطني ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ كالتالي ١ رقم ٤٠٨ ص ٢٤٩ — ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٨٧ — استئناف مخطط ٢٤ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٢٤٤ — ١٣ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٣٤ (البيع صحيح إذا أقره باقي الشركاء) — ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ — وانظر عكس ذلك في أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً : استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٣٤ ص ١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس من ممتنع البائع ، وإن كان مالكاً على الشريك ، أن =

وفي الحالة الثانية ، إذا كان المشتري يجهل أن البائع لا يملك إلا في الشروع ، فقد وقع في غلط جوهرى متعلق بالعين المبيعة ، إذ كان يعتقد أنها مملوكة للبائع دون شريك . فيكون البيع في حصة الشريك البائع بيعاً مشوباً بغلط جوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء بيع ملك الغير ، ومن ثم يكون قابلاً للإبطال في كل المبيع . ويجوز إذن للمشتري ، قبل القسمة ، طلب إبطال البيع ، لافى حصص الشركاء الآخرين فحسب ، بل أيضاً في حصة الشريك البائع . وهذا ما تنص عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى ، إذ تقول : « وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » (١) . ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن

= بيع ملكه محدداً مفرزاً . وحالة التحديد هذه ، وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشروع ، إلا أن ذلك كله لا يبطل عقد البيع (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٨) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر في عهد التقنين المدنى السابق بأن الشراح والهاكم اختلفوا رأياً في حكم المبيع المفروز من مال على الشروع ، وتوى المحكمة الأخذ بالرأى القائل بإبطال البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان عالماً بحالة الشروع . ذلك لأن المفروض فيمن يشتري شيئاً محدداً أن ينتفع بها فوراً بغير منازع ، فجعل البيع موقوفاً على نتيجة القسمة فيه تعليق للملكية من أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها وتستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة ، وليس من العدل تحميل المشتري بها (١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٦٧ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١) .

ولا يوجد في التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى . ومن ثم لا يميز القضاء الفرنسى بين المشتري الذى يعلم بأن البائع لا يملك إلا حصة شائعة والمشتري الذى يعتقد أن البائع يملك المبيع دون شريك ، ففى الحالتين يكون بيع الجزء المفروز قابلاً للإبطال ، لا موقوفاً على شرط هو نتيجة القسمة ، إذ لا يجوز الخلط بين الأثر الكاشف للقسمة والأثر الرجعى للشرط . ويستطيع المشتري أن يطلب إبطال البيع قبل القسمة ، ولا يستطيع البائع ذلك ، وفقاً لأحكام بيع ملك الغير . وكذلك يستطيع الشريك فى الشروع غير البائع استرداد حصته الشائعة فيما باعه شريكه . فإذا رفع المشتري دعوى الإبطال ، جاز له أن يطلب إبطال البيع فى كل المبيع إذا أثبت أنه لم يكن ليشتري حصة البائع وحده ، وذلك كما فى الاستحقاق الجزئى (بيدان ١١ فقرة ١١٠ — فقرة ١١١) . وانظر أيضاً فى القانون الفرنسى بودرى وسينيا فقرة ١٢١ . ويذهبان إلى أن البيع يكون موقوفاً على نتيجة القسمة فى الحالتين) - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥١ — أنسيكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٧٠ - فقرة ٣٧٦ .

يطلب المشتري إبطال البيع ، فوقع الجزء المفروز المبيع في نصيب البائع ، اعتبر أنه مالك له وقت البيع بفضل الأثر الكاشف للقصة ، فخلصت ملكيته للمشتري ، وانقلب البيع صحيحاً ، فلم يعد للمشتري الحق في طلب إبطال البيع . وإذا كان بيع ملك الغير ينقلب صحيحاً بصيرورة البائع مالِكاً للمبيع بعد البيع ، فأولى أن ينقلب البيع في الحالة التي نحن بصددنا صحيحاً وقد اعتبر البائع مالِكاً للمبيع وقت البيع . أما إذا لم يقع الجزء المفروز المبيع في نصيب البائع ، فإن المشتري يستبقى حقه في طلب إبطال البيع ، ولا يجبر على أخذ الجزء المفروز الذي وقع فعلاً في نصيب البائع ، لأن الحلول المعنى وقتاً للمادة ٨٢٦ مدني لا يكون إلا حيث يعلم المشتري وقت البيع أن البائع لا يملك في الجزء المفروز إلا حصة في الشيوع (١) .

١٦٩ - بيع الشريك كل المال الشائع : وإذا باع الشريك كل

المال الشائع ، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع ملك الغير (٢) .

فإذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع ، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع . فإن وقع جزء مفروز من المال المبيع في نصيب البائع عند القصة ،

(١) والمشتري بطبيعة الحال أن يميز البيع ، فيأخذ الجزء المفروز الذي وقع في نصيب البائع بدلاً من الجزء المفروز المبيع . وليس هذا تحولاً لعدم باطل ، بل هو إجازة لعدم قابل للإبطال (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٧) .

وهذا كله مفروض فيه أن المبيع جزء مفروز . أما إذا باع الشريك جزءاً شاملاً مجاوزاً فيه نصيبه في الشيوع ، فالبيع غير نافذ منذ البداية فيما جاوز نصيبه . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بأن الشريك الذي يملك شاملاً للقول الذي باعه مفروزاً لا يقبل منه ولا من شركاته الإدماء بعدم نفاذ البيع في حصصهم مادامت القصة لم تقع ولم يقع البيع في نصيبهم — هذا القول غلط أن يكون المبيع جزءاً مفروزاً معيناً من الأموال الشائعة . أما إذا كان المبيع غير مفروز ، ومجازى البائع مقدار نصيبه الشائع ، فلا يقبل هذا القول (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٧ ص ٩٣) . وإنظر في حالة ما إذا كان الجزء المبيع المفروز أنتم أو أكثر من قيمة الحصة الشائعة (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٨ - ص ٤٦٩) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٥ .

كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، وإما في فسخ البيع لتفريق الصفقة . وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كما حصل على إقرار الشركاء للبيع أو اشترى حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب آخر من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع ، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفرق عليه الصفقة .

١٧٠ - أثر البيع في مفروض باقي الشركاء : سواء وقع البيع على جزء

مفرر من المال الشائع أو على كل المال الشائع ، فإن الشركاء الآخرين - غير الشريك البائع - يعتبرون من الغير في هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في الجزء المفرز أو حصصهم الشائعة في كل المال الشائع . وينفذ البيع في حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة ، فيحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ، ويصبح شريكاً في الشروع مع سائر الشركاء . فليس لشريك من هؤلاء أن يرض للمشتري في حصته الشائعة ، ولا أن يطلب إبطال البيع في هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها . وإنما يستحق الشريك الجزء المفرز أو المال الشائع إذا وقع في نصيبه عند القسمة ، بفضل الأثر الكاشف لها (١) . وعلى العكس من ذلك

(١) وقد قضت محكمة النقض في عهد التفنين المدنى السابق بأنه إن اختلف الفقهاء والقضاء في حكم بيع الشريك جزءاً مفروضاً من مال مشاع هل يقع صحيحاً في حصة البائع منه وباطلاً في حصص شركائه أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، فإمّا وقع اختلافهم هذا في تقرير حكم المقدم بين عافديه . فن ذهب إلى اعتباره باطلاً بجملة المشتري حتى إبطاله من يرم المقدم لما فيه من تفريق الصفقة عليه ، ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للمشتري سيلاً على البائع إلا عند خروج المبيع من حصة بائنه بالقسمة . أما في تقرير حكم المقدم في علاقة المشتري مع من يدهى استحقاق المبيع لنفسه - سواء أكان هذا المدهى شريكاً في المال المشاع أم مطلقاً ملكه عن شريك فيه على المشاع - فلا خلاف في أنه ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق في البيع إلا بقسمة المال الشائع ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري . وإذن فكل ادعاء من قبل ذلك يكون سابقاً لأوانه ، خليفاً بأن تحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه (نقض مدنى ١٦ يونيه سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٣١ - ٢ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت أيضاً بأن للشريك في الشروع في التركة أن يبيع حصته محددة ، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع مادام أن التركة لم تقسم قسمة إفراز (نقض مدنى ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام =

مخلص للمشتري الجزء المبرز أو المال الشائع إذا وقع في نصيب الشريك عند القسمة ،
أو إذا أقر سائر الشركاء البيع قبل القسمة (١) .

ب - بيع التصفية

(licitation)

١٧١ - متى يكون بيع التصفية : إذا كان هناك شركاء على الشيوع
في مال شائع ، وأراد أحد الشركاء القسمة ، ولم تمكن قسمة المال عيناً ، يبيع

= النفذ ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١) . وقضت كذلك بأن ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكا
على الشيوع ، أن يبيع ملكه محذوفاً مبرزاً ، وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو حلقة
على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشئ ، إلا أن هذا كله لا يبطئ عقد البيع .
وبتسجيل المشتري لعقده تنتقل الملكية إليه ، ويصبح شريكاً له في الشركاء تجب مخاصمتهم
في دعوى القسمة إن لم يجر هؤلاء الباقون من الشركاء عقده . وعلى ذلك فإنه ليس المستحق -
سواء أكان شريكاً على الشيوع أم متلفياً ملكه من شريك على الشيوع - أن يدمى الاستحقاق
في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع المبيع ونصيبه هو لافي نصيب البائع لذلك المشتري . وهذا الذي
استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم هو ما أخذ به القانون المدني الحالي
في المادة ٦٢٨ منه (نفذ مدني ٢٨ يولييه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النفذ ٧ رقم ١٠٧
ص ٧٦٠ . وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨١ -
استئناف أسيوط ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٧٣ - ولكن قارن
استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩٤) .

(١) نفذ مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ الهامة ٧٧ رقم ٣٦٢ ص ٨٦٦ - الأستاذ أنور
سلطان فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ - وإذا كان المشتري حسن النية يعتقد أن الشريك البائع يملك وحده
المبيع دون شريك ، فإن البيع الصادر إليه يعتبر سبباً صحيحاً ، فإذا حاز المبيع خسر سنوات
ملكه بالتقادم القصير حتى فيما يتعلق بمخصص الشركاء الآخرين ، ولم يمد هؤلاء الحق في استرداد
حصصهم من تحت يده (نفذ مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة مصر رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ -
الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ هامش رقم ١ - الأستاذ سليمان مرقس رقم ٢٨٨
ص ٤٧٣) .

وقبل القسمة يملك بقية الشركاء مطالبة المشتري بالاتفاق معهم على طريقة الانتفاع بالمال
المبيع بعد أن أصبح مملوكاً لهم وللمشتري على الشيوع (استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠
الهامة ٤٢ رقم ٣١ ص ٤٦) . ولم أن يطالبوه بالقسمة ، فإذا تمت القسمة اختص كل منهم
بما يقع في نصيبه (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٨ ص ٤٧٣) .

المال ليقسم الشركاء الثمن بنسبة حصصهم وذلك لتصفية الشبوع ، ومن أجل هذا سمي هذا البيع بيع التصفية . وقد يشترى المال الشائع أجنبي فيدفع كل الثمن ، وقد يشتره أحد الشركاء فيدفع الثمن بعد استئصال نصيبه فيه بقدر حصته . وزى من ذلك أن يبيع التصفية لا يكون إلا إذا توافر شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون هناك حق في الشبوع ، كحق ملكية شائع أو حق انتفاع شائع ، فإذا ملك الشيء الواحد أو حق الانتفاع فيه عدة ملاك أو عدة متضمنين على الشبوع ، جاز يبيع التصفية (١) . ولا هبة بسبب الشبوع ، فقد يكون الميراث كما هو الغالب ، وقد يكون سبباً آخر كما إذا اشترى عدة أشخاص داراً على الشبوع فيما بينهم أو كان الشبوع سببه في الأصل عقد شركة مدنية أو تجارية . ويجب أن تكون حقوق المشتاعين من طبيعة واحدة ، كأن يكونوا شركاء في حق ملكية أو شركاء في حق انتفاع . أما إذا وجد من يملك الرقبة ومعه من يملك حق الانتفاع ، فهذان لا يجوز بينهما القسمة ولا يبيع التصفية ، لأن الرقبة غير حق الانتفاع . فإذا وجد ملاك شائعون للرقبة ، وكان حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة في يد أحد ملاك الرقبة أو في يد أجنبي ، جاز يبيع التصفية في الرقبة لأنها شائعة ، ولا يجوز في حق الانتفاع لأنه غير شائع (٢) . وكذلك إذا كانت الرقبة في يد مالك واحد ، وكان حق الانتفاع لعدة متضمنين على الشبوع ، جاز يبيع التصفية في حق الانتفاع دون الرقبة . أما إذا كانت الرقبة

(١) ويصح أن يكون الشيء المملوك على الشبوع حقاً شخصياً ، كحق المتأجر وحق المزارع له بالبيع ، فإذا تعد أصحاب هذه الحقوق وكانوا في الشبوع ، أو تركوا ورثة متعددين ، يبيع الحق الشخصى يبيع تصفية . كما يجوز بيع الدين التي لقرضة يبيع تصفية ، ويقع ذلك غالباً إذا كانت هذه الدين مشكوكاً في صحتها أو مشكوكاً في ملاءة مدينها (بوردى وسونيا لفرة ٧٢٢ ص ٧٦٦ - ص ٧٦٧) .

(٢) فيبقى حق الانتفاع قائماً على العين كلها إذا بيعت يبيع تصفية ، أو قائماً على الأجزاء المفردة إذا حصلت القسمة عنها . وهناك رأى يذهب إلى جواز بيع العين كلها - رقبة ومنفعة - يبيع تصفية ، ويكون الصنع حق الانتفاع على الثمن . ولكن هذا الرأي غير سليم ، لأن المتضمن لا يجبر على التحول من الانتفاع بالعين إلى الانتفاع بالثمن ما دام حقه غير شائع وليس هناك محل لقسمة هذا الحق ولا لبيع التصفية فيه (ديولوب ١٥ لفرة ٤٩٠ - جوار ٢ لفرة ٧٢١ - لوبرى ورو ٢ لفرة ٢٢٦ - بوردى وسونيا لفرة ٧٢٨ ص ٧٦١) .

مملوكة للملاك متعددين في الشروع ، وكذلك حق الانتفاع ثابت لمستعدين متعددين في الشروع ، جاز بيع التصفية في الرقبة منفصلة عن حق الانتفاع ، وبيع التصفية في حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة ، فلا يتلزم الحقان في بيع التصفية .

(الشرط الثاني) أن يكون المال الشائع لا يمكن قسمته عيناً بغير ضرر . وتنص المادة ٨٤١ مدني في هذا الصدد على أنه « إذا لم تمكن القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريق المبينة في قانون المرافعات ، وتقتصر الزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع » . وتنص المادة ٧١٨ من تقنين المرافعات على أن « العفار المملوك على الشروع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجري بيعه بطريق الزايدة . . . » . فإذا أمكنت قسمة المال عيناً دون ضرر ، لم يكن هناك محل لبيع التصفية ، بل يقسم المال أجزاء مفرزة طبقاً للإجراءات المقررة في قسمة المال الشائع . أما إذا لم تمكن قسمة المال عيناً لأن طبيعته تستعصي على هذه القسمة كالسيارة والفرس ، أو أمكنت القسمة ولكن بضرر يعود على المال المقسوم إذ تنقص قيمته نقصاً كبيراً كالمصنع والمبنى ، جاز الالتجاء إلى بيع التصفية (١) .

١٧٢ - إجراءات بيع التصفية : إذا اتفق الشركاء جميعاً ، ولم يكن بينهم من هو ناقص الأهلية ، على إجراء بيع التصفية بالممارسة أو بالمزاد بطريقة يرسمون إجراءاتها ، جاز ذلك ووجب اتباع ما اتفقوا عليه . ونقول المادة ٨٣٥ مدني ، في هذا الصدد « للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون » .

(١) فن قيل بيع التصفية ما جاء في المادة ٩٠٦ مدني من أنه « إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري لما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه هرت لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الانضلاع به . ومن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ، ويستنزل من نصيب الوراث في التركة . فإذا تساوت قدرة الورثة على الانضلاع بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أهل قيمة بحيث لا تنقل من ثمن المثل » .

أما إذا لم ينفذ الشركاء جميعاً على طريقة معينة ، أو كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، فإنه لا يمكن إجراء بيع التصفية إلا طبقاً للإجراءات المقررة في تقنين المرافعات . وقد رأينا أن المادة ٧١٨ من تقنين المرافعات تنص على أن « العقار المملوك على الشيوع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجرى بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من بعينه التعجيل من الشركاء » (١) .

وخلص مما قدمناه أنه إذا لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، جاز لهم أن يتفقوا جميعاً على أن تقتصر المزايدة على الشركاء ، فلا يدخل أجنبي في المزاد ، ورسو المال على الشريك الذي يقدم أكبر عطاء (٢) .

١٧٣ - الأسهم التي ترتب على بيع التصفية : تختلف هذه الآثار اختلافاً جوهرياً بحسب ما إذا كان مشتري المال الشائع أو من رسا عليه المزاد فيه هو أحد الشركاء ، أو كان أجنبياً . ففي الحالة الأولى يعتبر بيع التصفية قسمة محضة ، وقد وقع المال الشائع كله في نصيب الشريك الذي اشتراه . فإن زادت حصته في جميع الأموال الشائعة على الثمن الذي اشترى به ، أخذ الباقي من أموال

(١) وتنص المادة ٧١٩ مرافعات على أن « تشتمل قائمة شروط البيع فضلاً عن البيانات المذكورة في المادة ٧١٣ على بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم ، كما يرفق بها فضلاً عن الأوراق المذكورة في المادة ٧١٤ صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع » . وتنص المادة ٧٢٠ مرافعات على أن « ينجز قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع الدائنين المذكورين في المادة ٧١٥ وجميع الشركاء » . وتنص المادة ٧٢١ مرافعات على أن « لكل من الشركاء أن يبدى ما لديه من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الاعتراض على القائمة » . وتنص المادة ٧٢٣ مرافعات على أن « تطبق على بيع العقار لعدم إمكان قسمته وعلى بيعه اختياراً الأحكام المقررة لبيع عقار المفلس وعديم الأهلية والغائب ، فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع » . والأحكام المشار إليها في النص تقضي بأن تكون إجراءات البيع هي نفس إجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين (م ٧١٧ مرافعات) .

(٢) وتقضي المادة ١٦٨٧ من التقنين المدني الفرنسي بأن الأصل ألا يدخل في المزايدة غير الشركاء ، فلا يدخل أجنبي ، ما لم يطلب ذلك أحد الشركاء أو ما لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية : (أنظر في هذه المسألة بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٤) .

أخرى شائعة بعد قسمتها ، أو من طريق معدل (soulte) للقسمه . وإن زاد الثمن على حصة الشريك ، دفع هذا للشركاء الآخرين معدلاً للقسمه . أما في الحالة الثانية فيعتبر بيع التصفية بيعاً عادياً صادراً من جميع الشركاء للمشتري ، ونجرب أحكام البيع في العلاقة ما بينهم وبين المشتري (١) .

ومما يترتب على هذا الاختلاف في الحكم ما يأتي : (١) بتقاضى على التسجيل رسم البيع ، ويكون ضرورياً لنقل الملكية حتى فيما المتعاقدين ، إذا كان المشتري أجنبياً . ويتقاضى عليه رسم القسمه ، ولا يكون ضرورياً لنقل الملكية إلا بالنسبة إلى الغير ، إذا كان المشتري أحد الشركاء . (٢) التصرفات التي صدرت من الشركاء في المال الشائع تبقى إذا كان المشتري أجنبياً ، وزول إذا كان المشتري أحد الشركاء وذلك فيما عدا التصرفات التي صدرت من هذا الشريك . (٣) الثمن يكون مضموناً بامتياز البائع إذا كان المشتري أجنبياً ، وبامتياز المتقاسم إذا كان المشتري أحد الشركاء . (٤) تسري أحكام الثمن في البيع أو في القسمه ، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء . (٥) تسري أحكام ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية في البيع أو في القسمه ، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء (٢) .

٣٥ - بيع المريض مرض الموت

١٧٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تجاوز ثلث التركة ، داخل فيها المبيع ذاته .

(١) أما في اقتسام الثمن ما بين الشركاء ، فنجرب أحكام القسمه . وانظر في حقوق الغير المكسوبة على المال الشائع بالنسبة إلى هذا الثمن بودري وسينيا فقرة ٧٤٧ .
(٢) انظر في فروق أخرى تترتب على هذا الاختلاف في الحكم بودري وسينيا فقرة ٧٤٣ - فقرة ٧٤٦ .

٢٥ - أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما ينو بتكملة الثلثين .

٣٥ - ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ .

وتنص المادة ٤٧٨ على ما يأتي :

ولا تسرى أحكام المادة السابقة إضاراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعوض حقاً عينياً على العين المبيعة (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٥٤ - ٢٥٦ مكررة / ٣٢٠ - ٣٢٣ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٧٧ : ورد هذا النص في المادتين ٦٤٣ و ٦٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه يميز بين التصرف للوارث والتصرف لغير الوارث ، حيث كانت الوصية للوارث غير جائزة في ذلك الوقت ، ثم أجازت بعد ذلك . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح لا يميز بين التصرف للوارث والتصرف لغير وارث ، وصار - مع عبارة أضافتها لجنة مجلس الشيوخ - مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم ٥٠٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة : فيما يجاوز الثلث ، حتى لا تقوم شبهة في أن بيع المريض إذا جاوز ثلث التركة لا يسرى في كل المبيع مع أن الواجب ألا يقف سريانه إلا بالنسبة إلى الزيادة فقط . ولوحظ في هذه اللجنة أن المشرع لم يضع لمرض الموت تعريفاً وضوابط ، فرد على ذلك بأن هذا الموضوع خاص بالأحوال الشخصية ومرده ظهور حق آخر رثة عند قرب أفول حياة المريض وليس انعدام رضائه . ثم وافقت اللجنة على النص تحت رقم ٤٧٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٩ - ص ٢١٩) .

م ٤٧٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، ولكن بغير اشتراط العوض في الكسب بحسب نية . واشترط العوض في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٥٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٩ و ص ٢٢١ - ص ٢٢٢) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٢٥٤/٣٢٠ : لا ينفذ البيع الحاصل من المورث وهو في حالة مرض الموت لأحد ورثته ، إلا إذا أجازة باقي الورثة . م ٢٥٥/٣٢١ : يجوز الطعن =

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين للمنفى السورى

= في البيع الحاصل في مرض الموت لفير وارث إذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع . م ٢٠٩/٢٢٢ : فإذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ، ألزم المشتري ، بناء على طلب الورثة ، إما بفسخ البيع ، أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلث مال المتوفى وقت البيع ، والمشتري المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين . م ٢٠٩ مكررة أهل : أحكام المادتين السابقتين لا تنص في جميع الأحوال بمحقوق أرباب الرهن على المبيع ، ولا بمحقوق من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشتري بغير متى كانوا حتى التية .

م ٢٢٣ مخطط : أحكام المادتين السابقتين لا تكون مرعية إلا في حق البائع الذي يحكم في أهلية الشحمية بمقتضى قواعد الشريعة الهلالية . وفي جميع الأحوال لا تنص أحكام المادتين المذكورتين بمحقوق أرباب الرهن على المبيع ، ولا بمحقوق من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشتري بغير متى كانوا حتى التية .

[ويلاحظ على فصوص التقنين المنفى السابق ما يأتي : (١) أنها كانت تميز بين التصرف لوارث والتصرف لفير وارث ، إذ كانت الوصية لوارث وقت ذلك لا تجوز . أما التقنين الجديد ، فلا محل فيه لهذا التمييز منذ أصبحت الوصية لوارث جائزة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢١) - (٢) أنها تصرح بعدم صريانها على أجنبى حيث يجب تطبيق قانون أحواله الشخصية ، وذلك لأن أحكام الميراث مأخوذة من الشريعة الإسلامية وتتعلق بانتقال أموال المورث إلى الوراث وحقوق الوراث على هذه الأموال في مرض الموت ، فإذا كان هناك أجنبى لا تسمى في شأن ميراثه الشريعة الإسلامية وجب ألا تسمى أيضاً هذه التصرف في شأنه : قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠ - وقد يؤخذ مما جاء فيها أن أحكام البيع في مرض الموت تسمى على الجميع مصريين أو أجنبى . ولكن الظاهر أن المذكرة الإيضاحية أرادت القول بأن هذه الأحكام تسمى على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين ، بدليل إشارتها إلى المادة ١٤٣٨ من المشروع التمهيدى التي أصبحت المادة ٩١٥ من التقنين الجديد والتي جاء فيها : تسمى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ، وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى : تسمى الشريعة الإسلامية وما استند منها من تقنيات وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع . . ويستوى في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين من المصريين . أما الأجنبى فإن وصاياهم تبقى خاضعة من حيث الموضوع لقانون الموصى (١٧ م مدنى) : انظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٣ . الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٤ ص ٥٠١ - ص ٥٠٢ - الأستاذ عبد المنعم ليدراوى فقرة ٤٢٤ - (٣) وردت أخطاء مادية وقانونية في هذه النصوص صححها القضاء في عهد التقنين المنفى السابق . وهذه الأخطاء هي : أولاً - خطأ مادي عندما مرست المادة ٢٠٩ مكررة / ٢٢٣ لأحكام النصوص السابقة عليها لتفيد من أثرها ، فاقترنت على ذكر المادتين السابقتين ، وكان الواجب أن تقول المواد الثلاث السابقة . ثانياً - ذكرت النصوص قيمة المبيع ، والصحيح شرعاً المقدار الهاب به فقط . ثالثاً - ذكرت النصوص أنه ينظر في تقدير التركة إلى وقت البيع : والصحيح =

١ - ماهو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض

١٧٥ - ماهو مرض الموت : يجب في تحديد مرض الموت الرجوع إلى الفقه الإسلامى مفسراً بقضاء المحاكم . وقد جاء فى الفتاوى الهندية : المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح ، كذا فى خزانة المفتين . حد مرض الموت نكلموا فيه ، والمختار للفتوى أنه إذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت ، سواء كان صاحب فراش أم لم يكن . لذا فى المصمرات (١) . وجاء فى ابن عابدين : وفى الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الأصح ٨١ . وفى الإسماعيلية من به مرض يشكى منه وفى كثير من الأوقات . يخرج إلى السوق ويقضى مصالحه لا يكون به مريضاً مرض الموت (٢) . ونصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية - وهى تقنين للفقه الحنفى - على ماأتى : « مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت ، ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الأنثى ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن . وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان فى حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضى سنة ، بعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت (٢) » .

(١) الفتاوى الهندية ٤ ص ١٧٦ .

(٢) ابن عابدين ٤ ص ٧٠٧ - ص ٧٠٨ .

(٣) وهذه هى نصوص مرشد الحبران فى البيع فى مرض الموت : م ٣٥٨ - بيع المريض فى مرض موته لو ارثه موقوف على إجازة بقية الورثة ولو كان يشترى المثل فإن أجازوه جاز ، وإن لم يميزوه بطل - م ٣٥٩ - يجوز بيع المريض فى مرض موته لغير وارثه يشترى المثل أو بغير يسير ، ولا يمد الثمن اليسير بحياة عند عدم استغراق الدين - م ٣٦٠ - إذا باع المريض فى مرض موته لغير الوارث بغير فاحش نقصاً فى الثمن ، فهو بحياة تعتبر من ثلث ماله . فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين ، بأن كان الثلث يبنى بها لزم البيع ، وإن كان الثلث لا يبنى بها بأن زادت عليه بخير المشتري بين أن يدفع للورثة الزالة لإكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع .

ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة ليكون المرض مرض موت :

(١) أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه . (٢) وأن يغلب فيه الموت .

(٣) وأن ينتهي بالموت فعلاً . فهذه العلامات مجتمعة - وكلها أمور موضوعية - من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت . ولما كان الفقه الإسلامي يقف عند الضوابط الموضوعية ، ويستدل بها على الأمور الذاتية ، فإنه يكتفي بهذه العلامات المادية ليستخلص منها أن المريض وهو يتصرف كأنه يقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنا ، فيفسر تصرفه في ضوء هذه الحالة ، ويفترض أنه إنما يوصي ، فيجعل لتصرفه حكم الوصية . ولا حاجة بعد ذلك إلى التفتيش عن خفايا نفس المريض واستكناه ما يضمره ، فهذا بحث عسير إن لم يكن متعذراً ، ويكتفى أن تقوم هذه العلامات المادية أمارات على حالته النفسية ، فتقف عندها ، ولا نذهب في البحث إلى مدى أبعد من ذلك . على أنه إذا وجد شخص في هذه الحالة النفسية لسبب غير المرض ، كالحكموم عليه بالإعدام ومن حوصر في حرب ، فإنه يعتبر في حكم المريض ، متى كان هذا السبب هو أيضاً خاضعاً للضوابط المادية .

فستعرض شروط مرض الموت الثلاثة ، ثم نستعرض حالة الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية نجعلهم في حكم المرضى .

١٧٦ - المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه : يجب أن يجعل المرض المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الأنثاء (١) . وليس واجباً ، ليكون المرض مرض موت ، أن يلزم المريض الفراش ، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه (٢) .

(١) استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١/٤٨٦ ص ٧٩٦ - استئناف غطط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٥ .

(٢) ولا عبرة بانتقال المريض مرض الموت بنفسه إلى المحكة للتصديق على العقد الصادر منه . لأن الكاتب المختص بالتصديق غير مقيد بإثبات حالة البائع (استئناف مصر =

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه ، ولكن لا بسبب المرض ، فلا يعتبر في مرض الموت . فقد يصل الإنسان إلى سن عالية في شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ، ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها ، وليس به من مرض وإنما هي الشيخوخة أو هتته ، فهذا لا يكون مريضاً بمرض الموت ، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء (١). أو يكون عاجزاً عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض ، كما إذا كان محترفاً حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته ، فيعقله مرضه عن ذلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس ، فلا يكون في هذه الحالة مريضاً بمرض الموت .

١٧٧ - ويقلب في المرض خوف الموت : ولا يكتفى أن يفقد المرض المريض عن قضاء مصالحه ، بل يجب أيضاً أن يقلب فيه خوف الموت ، فيكون مريضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت ، أو يكون مريضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت . أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة ، فإنه لا يعتبر مريضاً بموت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه . مثل ذلك أن يصاب الإنسان بمرض في عينيه فيعجزه عن الرؤية ، أو بمرض في قدميه فيعجزه عن المشي ، فلا يستطيع قضاء مصالحه ، ولكن المرض يكون من الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ولا يقلب فيها خوف الموت . فهنا لا يعتبر المريض في مرض الموت وإن عجز

= ٦ مايو سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١/٢٢٠ - ص ٤١٠ - فاروق مع ذلك حكم المحكمة العليا الشرعية في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ الهامة الشرعية ٤ ص ٤٠٣ . وقد يجازف المريض بمرض الموت بالخروج من بيته لقيام ببعض أعمال فردية ، كالخضوع أمام محكمة الجح لادفاع عن نفسه في حمة تبديد (محكمة مصر ٢٩ مايو سنة ١٩٣٧ الهامة ٩ رقم ٦/٥٣٣ ص ٩٩٦) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشيخوخة ليست مرض الموت ، وإنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان. أما مرض الموت فهو المرض الذي يمتري الإنسان شيخاً أم شاباً ، وينتهي بالموت ، بحيث يشعر المصاب به بقرب انتهاء أجله (٢٠ فبراير سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٢ ص ٦١ - وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ص ٤٤٨ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ ص ٥٤٦ - نبي سوييف ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ الجريدة القضائية ١١٢ ص ١٨)

عن قضاء مصالحه ، لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك ، فتكون تصرفات المريض
 في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء (١). وكذلك الأمراض المزمنة ،
 إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل ، لا تكون في
 هذا الوقت مرض موت ، وسنعود إلى بيان ذلك .

وقد ظهر مما قدمناه أن الشرط الأول وهو قعود المريض عن قضاء
 مصالحه ، لا يفنى عن الشرط الثاني وهو أن يغلب في المرض خوف الموت .
 ولكن هل يفنى الشرط الثاني عن الشرط الأول ؟ هناك رأى يلذهب إلى أنه
 يفنى ، فيمكن أن يغلب في المرض خوف الموت دون حاجه إلى قعود المريض
 عن قضاء مصالحه (٢) . وهناك رأى آخر يستبقى الشرطين معاً ، ويجعل الأصل

(١) وقد جاء في شرح الأ. - سليم باز المادة ١٥٩٥ من المجلة في خصوص شرطى القعود
 عن مصالح وظلة الموت ما يأتي : « مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ،
 ويميز منه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور كعجز الفقيه عن الإتيان
 إلى المسجد وعجز السوق عن الإتيان إلى دكانه . قال في رد المختار ينبغي أن يكون المراد
 العجز عن نحو ذلك من الإتيان إلى المسجد أو الدكان لإقامة المصالح القريبة في حق الكل ،
 إذ لو كان محترفاً بحرفة شاقة ، كما لو كان مكارياً أو حالاً على ظهره أو دقائقاً أو نجاراً أو نحو
 ذلك ما لا يمكن إقامته مع أدنى مرض ، وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد والسوق ،
 لا يكون مريضاً وإن كانت هذه مصالحه . وإلا لزم أن يكون عدم القدرة على الخروج إلى
 الدكان البيع والشراء مثلاً مريضاً وغير مرض بحسب اختلاف المصالح ، فأصل . ثم هذا إنما
 يظهر في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض ، أما لو كان غير قادر عليه قبل المرض
 فكبير أو ملة في رجليه فلا يظهر ، فينبغي اعتبار غلبة الهلاك في حقه . وهو ما قاله أبو الفتح
 من أن كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت ، بل المعبرة للغلبة
 الهلاك ، لو التائب من هذا المرض الموت ، فهو مرض موت وإن كان يخرج من البيت . وهلمنى
 اعتاده لما علمت من أنه كان يفنى به الصدر الشجيد ، وأن كلام محمد يدل عليه ، ولا طراذه فيها
 كان عاجزاً قبل المرض . ويتبين أن من ألحق بالمرض ، كمن بارز رجلاً ونحوه ، إنما اعتبر
 فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج ... قال في الدر المختار وفي حق المرأة أن تتميز عن
 مصالحها داخل البيت كما في البرازية ، ومفاده أنها لو قدرت على نحو الطبع دون صعود السطح
 لم تكن مريضة ، قال في التمهيد وهو الظاهر ١ . هـ . (شرح سليم باز من ٨٨٧ - ص ٨٨٨) .
 (٢) أنظر في هذا المعنى ما نقلناه في الحاشية السابقة من شرح الأستاذ سليم باز (ص ٨٨٧ -
 ص ٨٨٨) . وانظر أيضاً الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٢٥٣ ص ٤٨٠ . وانظر استئناف
 وطني ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٠ ص ١٧٤ - محكمة مصر ١٤ يولي
 سنة ١٨٩١ المحرق ٦ ص ١٥٣ .

فيها هو أن يقلب في المرض خوف الموت ، أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه هي العلامة المادية التي تشعر المريض بأن المرض يهدده بالموت . وينفي عن هذه العلامة المادية أية علامة أخرى تنبئ عن هذا الشعور ، فني ثبت قيام هذا الشعور بنفس المريض كان هذا كافياً . ولم يفتد المريض عن قضاء مصالحه . ومقتضى هذا الرأي الآخر أنه لا يمكن أن يقلب في المرض خوف الموت ، بل يجب أيضاً أن يشعر المريض بذلك ، وقعوده عن قضاء مصالحه ليس إلا وضعا مادياً يدل على شعوره بذلك (١) .

١٧٨ - وينفى المريض بالموت فعلاً : ويجب أخيراً أن ينتهى

المرض بالموت فعلاً (٢) . فإذا أصيب شخص بمرض أفتده عن قضاء مصالحه ، وغلب فيه خوف الموت ، ولكنه مع ذلك يرى منه ، وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض ، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء . ونرى من ذلك أن المريض بمرض يفتد عن قضاء المصالح ويقلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض ، فإن تصرفه معتداً به حال حياته ، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حياً . فإذا انتهى المرض

(١) والأستاذ سليم باز ينقل ما يوفق بين الشرطين على هذا النحو : « ولأن بعض من يكون مطمئناً أو به استقاء قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه أقرب إلى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداق أو هزال مثلاً . لكن مقتضى قول بعضهم أنه لو كان مريضاً مرضاً يقلب منه الهلاك، لكنه لم يفتد من مصالحه، كما يكون في انتهاء المرض، لا يكون مريضاً . وقد يرمز بين القولين بأنه إن علم أن به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر ، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر العجز عن الخروج للمصالح ، هذا ما ظهر لى ٥١ . ملخصاً شرح المجلة ص ٨٨٧ - ص ٨٨٨) - وقد قضى بأن المصاب بالبول السكرى إصابة غير خطيرة لا يعتبر مريضاً مرض الموت ، إذا ثبت أنه لم يكن عنده وقت صدور التصرف منه شعور بدنو أجله ، وإن كان يباشر أثناء مرضه أعماله الخصوصية وهو في منزله (استئناف وظنى ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٧ - استئناف مصر ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٣١٤) .

(٢) ولو لم يكن الموت بسبب المرض ، كأن قتل المريض أو هرق . ذلك أن المريض وقت أن تصرف كان يشعر بدنو أجله ، ولو لم يمت بهذا السبب العارض لمات بسبب المرض (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٧ ص ٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٢٩١ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٧) .

بالموت (١) ، تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت ، وجاز الطعن فيه على هذا الأساس . وإذا شئى المريض ، تبين أن التصرف الذى صدر منه لم يقع في مرض الموت ، فلا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة (٢) . ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث ، بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه ميتشئ ما كان ليتصرف ، ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يطله لهذا العيب .

وقد يطول المرض ، بأن يكون من الأمراض المزمنة كالشلل والسلى ، ثم ينتهى بالموت ولكن بعد مدة طويلة . والقاعدة في هذه الأمراض المزمنة أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض موت إذا طالت دون أن تشتد ، بحيث يطمئن المريض إلى أن المرض قد وقف سيره ، ولم يعد هناك منه خطر داهم . وهذا حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش ، مادام لم يعد يقلب فيه خطر الموت العاجل . لكن إذا اشتد المرض بعد ذلك ، وصامت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو الأجل ، واستمر للرض في الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلا ، فإنه يعتبر مرض موت من الوقت الذى اشتد فيه (٣) . وهناك رأى في الفقه الإسلامى - أخذت به المجلة - يقدر المدة التى يطول فيها المرض ويستقر فلا يعود يخشى منه خطر عاجل بسنة ، فإذا طال المرض المزمئن سنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض موت . وإذا اشتد المرض بعد

(١) حل أن يمته المرض من وقت صدور التصرف إلى وقت الموت (استئناف وطنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٥ ص ١٠) . فإذا انتهى بمرض آخر (دوسطاريا حادة) هو الذى انتهى بالموت، لم يكن المرض الأول مرض موت (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ ص ٣٠٦) .

(٢) فجميع تصرفات المريض نافذة حال حياته ، ولا يجوز للورثة أن يطعنوا فيها إلا بعد الوفاة (الأستاذان أحمد مجيب اللال وحامد زكى فقرة ٢٠٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى من ٤٩٣ هامش رقم ٢ - الأستاذ عبد النعم البدراوى فقرة ٤١٨) .

(٣) وقد قضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأن السلى ، وإن كان من الأمراض التى تطول مدتها ، إذا دخل في دور جديد واشتدت وطأته ، يجعل تصرفات المريض في ذلك - كرفه ناله للبطون (١٠ أبريل سنة ١٩١١ الحقوق ٣٣ ص ٥٩) - وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه يعتبر مرض موت نسلب الشرايين وإصابة القلب والكلى ، فهى من الأمراض التى =

ذلك حتى انتهى بالموت فعلا قبل انقضاء سنة من اشتداده ، اعتبر في هذه الفترة مرض موت (١) . وقد أخذ القضاء المصرى بهذا الرأي في أكثر أحكامه (٢) ،

= لا يصح اعتبارها في الأصل مرض موت لبطء سيرها وعدم إحساس المريض بخطرها ، ولكن إذا اشتدت فجأة وشعر المريض بتفاقم خطرها اعتبرت مرض موت (٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ الهامة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) - وقضت محكمة ص . بأنه لا يعتبر مرض موت احتشاش البول وتضخم البروستاتا ما لم يثبت أن هذا المرض المزمن قد قرايد فعلة . وانتهى بالموت (٤ مايو سنة ١٩٣٧ الهامة ١٨ رقم ٧٤ ص ١٥٥) . وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر مرض موت الالتهاب الشعبي المزمن ما لم يقرايد (٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الهامة ٢٠ رقم ١١١ ص ٣٠٤) . وقضت أيضاً بأن الربو المصحوب بنزلة شعبية ، ولو توفى به شخص فعلة في سن يتدر في الجبل الحاضر تجاوزها ، لا يعتبر مرض موت ، لأن هذا المرض ذاته قابل للشفاء وغير مانع للمريض من مباشرة أعماله في الفترات التي تتخلل النوبات (٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٣٨ ص ٥٨) - المحكمة العليا الشرعية ٧ مايو سنة ١٩٣٥ الهامة الشرعية ٦ رقم ١٤٧ ص ٥٦٠) . وقضت أيضاً بأن مرض الموت يجب أن يكون هو المرض الذي أحدث الوفاة ، أو هو المرض الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمرض المباشر الذي أحدثها بحيث يصعب التفرقة بينهما . ويجب ألا يكون المرض مسبقاً وحالة المرض تسوء تدريجياً دون أن يتخللها فترات تحسن واضحة ، فإذا كان هناك مثل هذه الفترات اعتبر بدء المرض متفرداً مع تاريخ بدء الانتكاس الأخير حينما يكون الشخص مريضاً بمرض غير يموت حتماً ، ويكر نشأ من هذا المرض مرض آخر يموت فيه فهذا المرض الأخير لا المرض الأول هو الذي يعتبر مرض موت (٧ مايو سنة ١٩٣٢ الهامة ١٤ رقم ١١ ص ١٧) . وقضت أيضاً بأن الإصابة بمرض السكر إصابة غير خطيرة لا تعتبر مرض موت (١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٧ ص ٣٦٢) .

(١) وقد جاء في شرح المجلة حل المادة ١٥٩٥ للأستاذ سليم باز : « وإن أنت مرضه وقضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله . فظهر من هذا أن مرض الموت مقيد بتغير الأمراض المزمنة التي طالت ولم يخف منها الموت ، كالفالج ونحوه ، وإن صبرته ذات غرائض ومنته عن الذهاب في حوائجه . فلو أصاب رجلاً فالج فذهب لدائه ، أو مرض فلم يقدر على الكلام ، ثم أشار إلى شيء أو كتب شيئاً ، وقد تقادم ذلك وطال سنة ، فهو بمنزلة الأخرس الصحيح . وكذا صاحب السل إذا أتى عليه سنة ، فهو بمنزلة الصحيح . ولكن لو اشتد مرضه ، وتغير حاله ، ومات قبل مضي سنة ، يعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٨٨٨) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يعتبر مرض موت السرطان أو السل إذا أُنذ يظل أكثر من سنة قبل أن ينفذ حياة المريض به ، وعلى الوارث أن يثبت أن المورث الذي مات بمرض السرطان أو السل لم يمكث مرضه أكثر من سنة (١٨ يولييه سنة ١٩١٧ المجبرة =

واكتفى في بعض آخر بأن يطول المرض مدة كافية ليتولد في نفس المريض السكون إلى حالته والشعور بأنه لم يعد معرضاً لخطر الموت العاجل ، سواء طال المرض سنة أو أكثر أو أقل . وكذلك يكنى أن يشتد المرض ويطرد في الشدة حتى يتولد في نفس المريض أنه عاد مهدداً بالموت في أى وقت ، ليكون المرض مرض موت من وقت اشتداده ، حتى لو يمتد مستنداً مدة أطول من سنة ولم يمض المرض إلا بعد انقضاءها (١) .

١٧٩ - الأصهار الذين تقوم بهم مائة نغمة بمحظهم في حكم

المرضى مرضى الموت : وقد قدمنا أن الشروط الثلاثة المتقدمة ليست إلا أمانة مادية على قيام حالة نفسية بالمريض تجعله يعتقد بدنو أجله . فأي حالة أخرى مادية غير المرض تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله بكون من شأنها أن تثير في نفسه هذه

= الرسمية ١٩ رقم ١٠٠ ص ٢٢٩ - وانظر أيضاً : استئناف وطني ٨ مايو سنة ١٩٠٧
الجمعية الرسمية ٩ رقم ٩٩ ص ٢٢٧ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ١٨٥ -
٢٣ يونيو سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٣ ص ٢٣١ - ١٧ يناير سنة ١٩١٢ الجمعية الرسمية ١٣
رقم ٣٠ ص ٧٠ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ الجمعية الرسمية ٢٦ رقم ٢٣ ص ٥٦ - ٢١ نوفمبر
١٩٢٠ الحاماة ٨ رقم ٢/٢٣٤ ص ٢٣١٤ - ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١/٨٤
ص ١٤٣ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٠ الحاماة ١١ رقم ٩١ ص ١٥٠ - استئناف مختلط
١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٠ - ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٣ ص ٢٥٣ .
ويحسب حساب المدة من وقت اشتداد المرض إلى وقت الموت (استئناف مختلط ٢٢ مايو
سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٥٤٥ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣١ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥
م ٢٧ ص ١٨٢ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢
م ٣٤ ص ٤٥٣ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢٣٠ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠
م ٤٢ ص ٣١٥) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المرض يعتبر مرض موت ولوروقع منه أكثر من سنة قبل الوفاة إذا كان قد أخذ دائماً في الازدياد لغاية الوفاة ، ولم يثبت أنه تحسن تحسناً محسوساً في خلال هذه المدة . أما التفسير القاضي بتعليق المدة القانونية لمرض الموت الذي يقع في السنة السابقة حل الوفاة فليس تحديداً حتمياً ، ولكنه ينطبق فقط حل الأحوال التي يكون فيها المرض طويلاً فيشتد طويلاً إلى درجة الخطورة وتارة يعود المريض إلى صحته . أما المرض الذي يأخذ سيراً متزايداً في تحسن محسوس في مدته ، بل يتحسن نحو الازدياد وينتهي بالموت ، فهو مرض الموت كما كانت مدته (٩ فبراير سنة ١٩١٢ الجمعية الرسمية ١٤ رقم ٨٦ ص ١٧٣) .

الحالة بالذات ، وتكون لتصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت ولو أنه لم يكن مريضاً أصلاً . فالحكم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ ، ومن كان في سفينة على وشك الغرق ولم تنبأ له وسائل الانقاذ ، ومن داهمته حريق لا سبيل للنجاة منها ، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول ، ومن عقد نيته على الانتحار ، كل هؤلاء أمعاء ليس بهم مرضى ، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى ، ويكون لتصرفاتهم وهم في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت (١) .

١٨٠ - اثبات مرضى الموت : ومرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، ومنها البينة والقرائن (٢) . وأكثر

(١) وقد جاء في شرح المجلة على المادة ١٥٩٥ الأستاذ سليم باز : « ومن بارز وجلا ، أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم ، أو بقى على لوح من السعينة ، أو اقترع سبع وبقى في فيه ، فهو كريض مرض الموت ١٨٠ . وفي الهندية ومن كان محبوساً في السجن ليقتل قصاصاً أو رجماً لا يكون حكمه حكم المريض . وإذا أخرج ليقتل ، فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في صف القتال فحكمه حكم الصحيح ، وإذا بارز فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في السفينة فحكمه حكم الصحيح ، وإذا هاج الموج فحكمه في تلك الحال حكم المريض . ولو أريد إلى السجن ولم يقتل ، أو أرجع بعد المبارزة إلى الصف ، أو سكن الموج ، صار حكمه حكم المريض الذي يرى من مرضه تمتع تصرفاته من جميع ماله . والمرأة إذا أخذها الطلق ، فافسكه في تلك الحالة يعتبر من تلك مالها ، وإن سلمت من ذلك جاز ما فعلته من ذلك كله ١٨٠ » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٨٨٨) - أنظر أيضاً الأستاذين أحمد نجيب الهلائي وحامد زكي فقرة ٢٠٧ ص ٢٠١ - الأستاذين محمد كامل مرسي فقرة ٢٥٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٥ ص ٤٢٣ - الأستاذ سليمان مرقي فقرة ٣٠٠ ص ٤٨٦ .

وغنى عن البيان أن العبرة بحالة الإنسان النفسية ، فمن كان محكوماً عليه بالإعدام وهو في السجن ينتظر التنفيذ ، يبدو ، بالرغم مما جاء في شرح المجلة نقلاً عن الهندية ، أن حاكه النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت . فإذا صدر عفو عنه ، أو نجى من كان على وشك الغرق أو من كان في حكمه ، فإنه يعتبر في حكم المريض مرضاً يفلب فيه الهلاك ولم يته بالموت بل يرى منه المريض ، فلا يكون لورثة حق الطعن في التصرف ، ولكن يجوز للمتصرف نفسه أن يطعن في التصرف بالنظر كما سبق القول .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه مادامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المقدتين فيها من مرض الموت أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوي ، وأن هذا المرض اشتد به وقت تحرير العقد المظنون عليه ، ثم فندت الطعون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد ، فإنها تكون قد أوردت = (م ٢١ - الوسيط ج ٤)

ما بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه . كذلك يثبت بشهود الشهود ، ويتقصى حياة المريض في أيامه الأخيرة . وعلى الورثة الذين يطمنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت يقع عبء إثبات المرض . ولما كانوا يعتبرون خلفاً لمورثهم وليسوا غريباً من حيث ثبوت التاريخ ، فإن تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم . فإذا كان التصرف مؤرخاً تاريخاً عرفياً في وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضاً ، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم . ولكن لم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمداً لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، وأن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض موته . فإذا أثبتوا ذلك . ولم أن يثبتوه بجميع طرق الإثبات لأنهم يثبتون غشاً وواقعة مادية - أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف (١) ، ولم يعد التصرف الصادر من المورث يسرى في حقهم إلا في الحدود التي سنينها فيما يلي .

== في حكمها من الأسباب ما يمكن لحمل قضائها (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام نفقه ص ٣٦٥) . وقضت أيضاً بأن محكمة الموضوع قد استخلصت من أقوال الشهود أن اسامه صيب بمرض يفلج فيه الهلاك وانتهى فلا بوفاها ، وهذا يمكن (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٨ ص ١٠٤٨) . وقضت كذلك بأنه متى كان المحكم إذني حصول البيع في مرض موت البائع قد قرر للأسباب السائفة التي أوردتها أنه في الوقت الذي تصرف فيه كان في حال صحته وأنه سابق على فترة مرض عادي لا يفلج فيه الهلاك ، وبهذا الذي قرره لا عيب فيه (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٥ ص ٢٣٧) .

ويستخلص من قضاء محكمة النقض المتقدم أنه إذا كانت شروط مرض الموت مسألة قانون ، فإن حصول هذا المرض متوافرة فيه شروطه مسألة - تستخلصه محكمة الموضوع ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض في ذلك متى بنت محكمة الموضوع قضاءها على أسباب سائفة .

(١) وقد سبق أن بينا في الجزء الثاني من الوسيط (فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ - ص ٢١٢) أن الوارث لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى تاريخ الورقة الصادرة من مورثه في مرض الموت ، ويعتبر غيراً بالنسبة إلى سريان التصرف الصادر في مرض الموت . وقلنا في هذا الصدد : « والذي أوقع اللبس في هذه المسألة هو الخلط ما بين القيرية في سريان التصرف والقيرية في ثبوت التاريخ . فالوارث ، في سرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ، يعتبر غيراً من ناحية سريان هذه »

١٨١- سبب تغيير التصرف في مرض الموت : وإذا كان التصرف

الذى يصدر في مرض الموت مقيداً ، فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته . فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته ، بل ولا تنتقص هذه الأهلية ، فإدام حياً حافظاً لقواه العقلية فانه يبنى منتمياً بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته . ولو وقع أن المرض أفقده التمييز ، فان التصرف الذى يصدر منه وهو في هذه الحالة يكون باطلا لا بعدام التمييز ، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفاً غير نافذ في حق الورثة لصلوره في مرض الموت .

وإنما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعاقب حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض (١) . فانه من المقرر في الفقه الإسلامى أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم ، لا من وقت موته فحسب ، بل من وقت المرض الذى

= التصرفات في حقه ، فهي لا تسرى عليه فيما يحاور تلك الحركة . ولا يعتبر غيراً من فاحية ثبوت التاريخ فيحتاج عليه بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح * (الوسيط جزء ٢ فقرة ١١٩ ص ٢٠٦ - ٢٠٧) . وانظر مقال الأستاذ سليمان مرقس في قوة المهررات العرفية في الإثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى يلحق فيها بصورها في مرض الموت في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٧ - ص ٣٠٤ ، وإل هذا المقال يرجع الفضل في تحول الفقه المصرى إلى رأى الصحيح في هذه المسألة كما سبق أن بينا (الوسيط ٢ ص ٢٠٦ هامش رقم ١) . وانظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٤٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٨ - الأستاذ عبد المنعم ليدرأوى فقرة ٤١٩ .

ومن القرائن على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين (استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ المحكومة الرسمية ١١ رقم ١/١٠٨ ص ٢٩٦) . ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيل تاماً (استئناف وطنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥) . ومنها أن يكون العقد قد تحرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦) . ولا مانع من الظن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الظن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ١/٥٣٩ ص ٩٩٦) .

(١) وعمل هذا انعقد إجماع الفقه المصرى : الأستاذان أحمد نجيب المذر وحامد زكى فقرة ٢٠٦ وفقرة ٢١٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٨ - الأستاذ عبد المنعم ليدرأوى فقرة ٤١٨ .

يموت فيه . فإذا صدرت منه تصرفات تنطوي على تبرع منذ هذا المرض ، كان لها التصرفات حكم الوصية . ذلك أن المريض وهو على شفا الموت إذا تبرع بماله ، فأنما يقصد أن ينتقل هذا المال إلى غيره بعد موته ، لا في المدة المحدودة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها . ولا يستطيع إنسان أن ينتقل ماله بعد موته بتصرف إرادى ، إلا إذا كان ذلك عن طريق الوصية بقبودها المعروفة . فكل تبرع يصدر في مرض الموت يتقيد إذن بقبود الوصية ، وحتى المعاوضات إذا انطوت على تبرع ، كأن يبيع بثمان أقل من قيمة المبيع ، يكون لها هي أيضاً في التصرف المحابي به حكم الوصية . ومؤدى ذلك أن التصرف الصادر في موت الموت إذا انطوى على تبرع فيما يجاوز ثلث التركة لا يكون باطلاً ولا يكون قابلاً للابطال (١) ، بل يكون فيما جاوز ثلث التركة غير نافذ في حق الورثة (٢) . فهو تصرف صحيح ، ولكنه لا ينفذ في حق الورثة إلا بأجازتهم ، فإذا لم توجد ورثة نفذ التصرف في كل المال .

وقد اختلف فقهاء الإسلام في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت . فذهب بعضهم إلى أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض ، وذهب آخرون إلى أن حق الملكية إنما يكون عند الموت ولكنه يستند إلى وقت بدء المرض ، وذهب فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق ملكية بل هو حق خلافة أو إرث (٣) . وأياً كانت طبيعة حق الورثة ،

(١) قارن استاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٠ .

(٢) ونعقد دعوى علم نفاذ التصرف بخمس عشرة سنة من وقت موت المريض (الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى ويدعوانها بدعوى بطلان) ، فلا يكتفى إذن سكوت الورثة ولو مدة طويلة إذ كانت دون مدة السقوط (استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٢) ، ما لم يستخلص من هذا السكوت إجازة ضمنية للتصرف من الورثة ، وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن سكوت الوراث بعد وفاة المورث مع ظهور انعقد رنقل التكليف للمشتري دون أن يظن الوراث ، بل سكت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته يعتبر لإجازة للعقد الصادر في مرض الموت (١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٢٤٢) .

(٣) ضد الشافعى لا يثبت الإرث إلا عند الموت ، وفي المسألة خلاف عند الحنفية . ويظهر أثر ذلك في المطلقة دون رضاها طلاقاً باتناً في مرض الموت ومات مطلقها وهي في العدة ، هل ترث أو لا ترث ؟ عند الحنفية ترث ، وعند الشافعية لا ترث . ويورد صاحب البدائع حجاج =

فانه حق يقبذ من تصرف المريض على النحو الذى أسلفناه .

= الفريقين على الوجه الآتى : • وإن كان (الطلاق) بغير رضاها فلانها توث من زوجها عندنا، وعند الشافعى لا توث . ومعرفة هذه المسألة مبنية على معرفة سبب استحقاق الإرث وشرط الاستحقاق ووقته . أما السبب فنقول لا خلاف أن سبب استحقاق الإرث فى حقها التكاح ... واختلف فى الوقت الذى يصير التكاح سبباً لاستحقاق الإرث . وعند الشافعى هو وقت الموت ، فإن كان التكاح قائماً وقت الموت ثبت الإرث، وإلا فلا . واختلف مشايخنا . قال بعضهم هو وقت مرض الموت ، والتكاح كان قائماً من كل وجه من أول مرض الموت ، ولا يحتاج إلى إبقاء من وجه إلى وقت الموت ليصير سبباً . وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه لوارث من وقت المرض بطريق الظهور ، ومن وجه وقت الموت مقصوراً عليه وهو طريق الاستناد، وهما طريقتا مشايخنا المتقدمين . وقال بعضهم : وهو طريق المتأخرين منهم ، إن التكاح القائم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الإرث وهو ثبوت حق الإرث من غير ثبوت الملك لوارث أصلاً من كل وجه ولا من وجه . وجه قول الشافعى أن الإرث لا يثبت إلا عند الموت ، لأن المال قبل الموت ملك المورث يدل على نفاذ تصرفاته ، فلا بد من وجود السبب عند الموت . ولا سبب ههنا إلا التكاح ، وقد زال بالإهانة والثلاث ، فلا يثبت الإرث ، ولهذا لا يثبت بعد انقضاء العدة ولا يرث الزوج منها بلا خلاف ولو كان التكاح قائماً فى حق الإرث لورث لأن الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين فدل أنها زائلة . ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم والمقول . أما الإجماع ... وأما المقول فهو أن سبب الاستحقاق الإرث وجد مع شرائط الاستحقاق فيستحق الإرث ، كما إذا طلقت طلاقاً رجعياً . ولا كلام فى سبب الاستحقاق وشرائطه ، وإنما الكلام فى وقت الاستحقاق . فنقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت . أما على التفسير الأول والثانى وهو ثبوت الملك من كل وجه أو من وجه ، فالدليل عليه النص وإجماع الصحابة رضى الله عنهم ودلالة الإجماع والمقول . أما النص فإروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم زيادة على أعمالكم أى تصدق باستبقاء ملككم عليكم فى ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم . أحبر عن سنة الله تعالى على عباده أنه استبق لهم الملك فى ثلث أموالهم ليكون الوسيلة إلى الزيادة فى أعمالهم بالصرف إلى وجوه الخير ، لأن مثل هذا الكلام يخرج مخرج الأخبار عن المنة . وآخر أعمارهم مرض الموت ، فدل على زوال ملكهم عن الثلثين إذ لو لم يزل لم يكن لهم عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين ، إذ الحكيم فى موضع بيان المنة لا يترك أهل التبتن ويذكر أديانها . وإذا زال ملكه عن الثلثين يؤول إلى ورثته ، لأنهم أقرب للناس إليه .. وأما إجماع الصحابة رضى الله عنهم .. وأما دلالة الإجماع فهى أنه لا ينفذ تبرعه فيه زاد على الثلث فى حق الأجانب ، وفى حق الورثة لا ينفذ بشئ أصلاً ورأساً حتى كان الورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضا إذا لم يدفع القيمة ولو نفذ لما كان لهم الأخذ من غير رضا . فدل عدم النفاذ على زوال الملك ، وإذا زال يزول إلى الورثة لما بينا . وأما المقول فهو أن المال الفاضل عن حاجة الميت يصرف إلى الورثة بلا خلاف ، والكلام فيما إذا فضل ووقع من وقت المرض الفراغ عن حوائج الميت . فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه لوارث فى المال الفاضل عن حوائج الميت ، فدل على ثبوت الملك من وجه لا محالة . وأما على =

ولما كان تقييد تصرف المريض في مرض الموت يرجع إلى حق الورثة في ماله وفقاً لمبادئ الفقه الإسلامي، فإن هذا التقييد لا يسرى إلا في حق من تجرى في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية، وهؤلاء هم كل المسلمين كانوا أو غير مسلمين. أما الأجنبي الذي لا تجرى في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية فلا يسرى هذا التقييد في حقه (١).

١، ١٢ - الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت : وقد أورد التقنين المدني نصاً يقرر الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت ، أيما كان هذا التصرف بيعاً أو غير بيع . فنصت المادة ٩١٦ مدني على ما يأتي : ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما يملك الموت ، وتصرى عليه أحكام الوصية أيما كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه .

ولسنا هنا في مقام شرح هذا النص ، ونقتصر فيه على القدر الذي يتعلق

= التفسير الثالث ، وهو ثبوت حق الإرث رأساً ، فدلالة الإجماع والمقول . أما دلالة الإجماع . أن ينقض تبرعه بموت الموت ، ولولا تعلق حق الإرث بماله في مرض موته لكان التبرع تصرفاً من أهل في محل يملك له لاحق للغير فيه فينبغي ألا ينقض ، فدلالة النص على تعلق الحق . وأما المقول فهو أن التكاح حال مرض الموت صار وسيلة إلى الإرث ، ووسيلة حق الإنسان حقه لأنه ينتفع به ، والطلاق البائن والثلاث إبطال لهذه الوسيلة فيكون إبطالا لحقها ، وذلك إضرار بها فيرد عليه (الهدايع ٣ ص ٢١٨ - ص ٢٢٠) . وانظر أيضاً في هذه المسألة الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ١٠ - ص ١٣ .

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أحكام بيع المريض مرض الموت تنسب ولو كان البائع أجنبياً : ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٨ ص ٢٤٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٥ .

بالبيع (١) ، فقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٧ مدني تنص على ما يأتي :

« ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ . فإذا صدر بيع من المورث ، وبعد موته طعن الورثة في هذا التصرف ، فأول شيء يجب على الورثة عمله في هذا الطعن هو أن يثبتوا أن البيع قد صدر من مورثهم وهو في مرض موته . ولم يثبت ذلك بجميع الطرق ، وبكون التاريخ العرفي للبيع حجة عليهم إلى أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم وأن التاريخ الحقيقي للبيع يقع في مرض الموت ، وقد سبق بيان كل ذلك . فإذا أثبت الورثة أن البيع قد صدر في مرض الموت ، فإن النص يفترض أن البيع حقيقته هبة وأن المريض لم يقبض ثمناً من المشتري وأن الثمن المذكور في العقد إنما هو ثمن صوري . ولكن هذا الفرض قابل للإثبات العكس (٢) ، وعلى المشتري لينقض هذه القرينة أن يثبت أنه دفع فعلاً ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته (٣) . فإذا

(١) ولم يكن الثمن المدنى السابق يشتمل على نص يمانر نص المادة ٩١٦ من القانون المدني الجديد ، ولذلك تضارب القضاء في مدى أحكام بيع المريض مرض الموت إلى تصرفاته الأخرى غير البيع . ففقت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شراء المريض من الورثة لا تسرى عليه أحكام البيع (٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٤) . ولكن إقرار المريض لإثباته يسرى به حكم البيع (استئناف مصر ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢/٥٣٤ ص ١٥٦ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٢٤٠ ص ٤٤٠ - المنشورة ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٣٤٤ ص ٥٢٤ - ططا ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢٧ - ص ٦٧ - الزقازيق ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣٨ ص ٨٤٨ - الزقازيق ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٩ ص ٨٧ - أسبوط ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٨٠ ص ١٣٤ - استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ - انصر عكس ذلك أى عدم جواز الطعن في الإقرار الصادر في مرض الموت : استئناف مصر ٣٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٠ ص ٧٧١ - الزقازيق ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٥٦ ص ١٣٥ - مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٢/٦٤٥ ص ١٢٧٥) . أما الإيجار فلا يتأثر بصدوره في مرض الموت (مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٦٣٦ ص ٨٥٠) .

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ٢٠٧ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد كامل مرسي ص ٤٨٦ - قارن استئناف مصر ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٤٤ .

(٣) ولا يجوز لمشتري التمكك بإقرار البائع أنه قبض ثمناً وذكر ذلك في عقد البيع ، لأن هذا إقرار من مريض في مرض موته فلا يعتد به ، ولأن الشبهة قائمة في أن التامع والمشتري مترابطان على تصوير أن هناك ثمناً دفع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٨٩ - الأستاذ عبد السمير البدروى فقرة ٤٢١ ص ٦١٢ هامش رقم ١) .

يستطع إثبات ذلك ، أو ثبت أن الثمن الذى دفعه أقل من قيمة المبيع ، اعتبر البيع - ي المبيع كله في الصورة الأولى وفي حدود زيادة قيمة المبيع على الثمن في الصورة الثانية - تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية .
وهذا ما نتكفل الآن ببيانه .

ب - أحكام البيع في مرض الموت

١٨٣ - فروض مختلفة : البيع في مرض الموت إما أن يكون بثمن لا يقل عن قيمة المبيع ، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث التركة ، أو بثمن يقل بما يجاوز هذا الثلث ، أو بغير ثمن أصلاً وفي هذه الحالة يكون البيع هبة مستترة .

فهذه فروض مختلفة نستعرضها واحداً بعد الآخر ، ثم نعقبها بما قرره القانون من حماية الغير حسن النية .

وقد قدمنا أن الورثة إذا أثبتوا أن البيع قد صدر في مرض الموت ، فإن البيع يعتبر صادراً على سبيل التبرع أى يكون هبة بغير ثمن ، ولا عبء بالثمن المذكور في العقد . وعلى المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً ، وأن يثبت مقدار الذى دفعه من ذلك . فإذا لم يستطع إثبات أنه دفع ثمناً ، كان البيع هبة . وإذا استطاع إثبات أنه دفع ثمناً ومقدار مادفعه ، لم تحل الحال كما قدمنا من أن يكون هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع أو يقل بما لا يجاوز الثلث أو بما يجاوزه (١) .

(١) أما بالنسبة إلى الدائنين ، فكل محاباة أو تبرع في مرض الموت يعتبر في حكم الوصية ، فتقدم عليها الديون ، ولا تنفذ إذا كانت التركة مستغرقة . وقد جاء في المادة ٣٦١ من مرشد الحيران في هذا المعنى : « إذا باع المريض لأجنبي (أو لغير أجنبي من باب أولى) شيئاً من ماله بمحاباة فاحشة أو بيسرة ، وكان مديوناً بدين مستغرق لماله ، فلا تصح المحاباة سواء أجازته الورثة أم لم يجزوه . وبغير المشتري من قبل أصحاب الديون ، فإن شاء بلغ المبيع تمام القيمة ، وإلا فسخ البيع . فإن كان قد تصرف في المبيع قبل الفسخ ، تلزمه قيمته بالغة ما بلغت » - وإذا برى المريض من مرضه ، جاز للدائنين الطعن بالدعوى البولصية في تصرفه باعتباره تبرعاً (الأستاذان : نجيب الهلال فترة ٢١٨ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٣٠٠ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧) ، وهذا فرق دعوى الإبطال للتلط التي تكون للمريض نفسه بعد أن يبرأ من مرضه كما سبق القول ، وفي دعوى يجوز لدائنيه أن يرفعوها باسمه .

١٨٤ - البيع بما لا يقل عن القيمة : إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للبيع لا يقل عن قيمته ، كان البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

والمراد بالوارث ، في جميع أحكام بيع المريض مرض الموت ، هو من يكون وارثاً وقت موت المورث ، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع . أما من كان وارثاً وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موته المورث ، فلا يعتبر وارثاً في هذه الأحكام . فلزم لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت ، ثم رزق بعد البيع مولوداً ذكراً ، اعتبر الابن وارثاً ولو أنه لم يكن موجوداً وقت البيع ، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع (١) . كذلك تفقد نسبة المبيع ، لمعرفة نسبة الثمن إليها ، وقت الموت لا وقت البيع . فلزم باع المريض داراً بألفين وكانت قيمتها وقت البيع معادلة لهذا الثمن ، ثم أصبحت قيمتها وقت الموت ألفين وخمسمائة ، فإن البيع هنا يكون بأقل من القيمة بمقدار خمسمائة ، وهذا بالرغم من أنه كان يمثل القيمة وقت البيع . وعلى العكس من ذلك لو كانت قيمة الدار وقت البيع ألفاً وخمسمائة ، ثم أصبحت ألفين وقت الموت ، فإن البيع يكون يمثل القيمة .

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢١١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٣ - وبيت المال لا يعتبر وارثاً ، فالبيع في مرض الموت للزوجة صحيح إذا لم يكن للزوج وارث آخر . ولذلك لا يصح لبيت المال (الحكومة) أن يظن في العقد بحجة أن له ثلاثة أرباع التركة ، لأن بيت المال ليس بوارث . بل الحكومة تستحق التركة إذا خلعت من الورثة أو وجد منهم فقط من لا يمكن الرد عليه ، لا من طريق الإرث ، بل لاعتبارها مالاً لا مالاً له (محكمة البان ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٤٢ ص ١٢٧ - وانظر المنيا ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ الهامة ١٠ رقم ٣٧٧ ص ٧٥٧ - وقارن مع ذلك استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٩٢) . وهذا الحكم يتفق مع ما جاء في الفقه الإسلامي من أن بيت المال يأخذ المال من جهة أنه لا مال له (أحكام القرآن لـ جصاص ٢ ص ١٠٠ - وانظر الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢١١ ص ٢٠٥ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٦) - وقد جاء في قانون الوصية نص صريح في هذا المعنى ، ففقت المادة ٣٧ من هذا القانون بأن « تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه ، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة » .

وقد كان البيع يمثل القيمة في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين البيع لغير وارث والبيع لوارث . ففي البيع لغير وارث يتفق التقنين السابق مع التقنين الجديد في الحكم الذي تقدم بيانه . أما في البيع لوارث فقد كان هناك ، في عهد التقنين المدني السابق ، رأيان . الرأي الأول ، وكان الرأي الأرجح ، يجعل البيع نافذاً دون حاجة إلى إجازة الورثة كما في البيع لغير الوارث ، وهذا هو رأي صاحبين في المذهب الحنفي . والرأي الثاني يذهب إلى أن البيع لا ينفذ في حق الورثة إلا بإجازتهم ، لأن المورث يخص الوارث بعين المبيع ، وفي هذا ضرب من المحاباة والإيثار ، وهذا هو رأي الإمام أبي حنيفة (١) .

١٨٥ - البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة: وإذا أثبت

المشتري أنه دفع ثمناً للبيع وأثبت مقدار مادفع ، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة ، فإن البيع يكون هنا أيضاً صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

والتركة تقدر بقيمة أموال المورث وقت الموت لا وقت البيع ، وتدخل فيها قيمة المبيع ذاته (م ١/٤٧٧ مدني) . فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان بألف ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وخمسمائة ، كان البيع بأقل من قيمة المبيع بمقدار خمسمائة لا بمقدار ألف ، وكان نقص الثمن عن القيمة لا يجاوز ثلث التركة ، وقد أصبحت ألفاً وخمسمائة يوم الموت ودخل المبيع فيها عند تقدير قيمتها كما سبق القول .

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه ، وما إذا كان البيع لوارث ولا ينفذ إلا بإجازة الورثة (٢) . ذلك

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٥ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٩ - ٤ مايو

سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٧ .

أن أية عناية في الثمن تعتبر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية ، وكانت الوصية في عهد التقنين المدني السابق لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة إلى أن صدر قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) يميز الوصية لوارث دون حاجة إلى إجازة الورثة (١) .

١٨٦ - البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة : وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً إلا مبلغاً هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت بما يجاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت أيضاً ، فإن البيع في هذه الحالة لا يكون نافذاً في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا بأجازتهم (٢) . وهذا هو حكم

(١) والمبرة في معرفة أي حكم يسرى تكون بتاريخ موت المورث . فإن كان هذا التاريخ قبل نفاذ التشريع الذي يميز الوصية لوارث (قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) ، فعلم التقنين القديم هو الذي يسرى ، وإلا فعلم التقنين الجديد .

وكان القضاء في العهد السابق يكشف عن تحايل المريض إذا باع لنفر وارث ثم يحول المشتري البيع إلى وارث ، فصدور البيع لولد الزوجة وهو غير وارث ثم تحول العقد من الولد إلى أمه فيه تحايل ، ويعتبر بيعاً صادراً لوارث في مرض الموت (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ . المحاماة ١١ رقم ٣/٤٣٠ ص ٨٢٨) .

(٢) نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٧ ص ٣٨٠ - استئناف وطني ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٣٨ .

هذا والإجازة يجب أن تصدر من أهل التبرع ، فلا يصح أن يكون الوارث المميز صبياً أو مجنوناً أو مجبراً عليه ، أو أن يكون هو نفسه مريضاً مرض الموت . والمميز إذا كان مريضاً مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٠٦ هامش رقم ٢) . ويجب أن يكون المميز عالماً بالبيع ورانياً في تصحيحه ، فاشتراك الوارث في تحرير محضر جرد التركة وإشارته في المحضر إلى التصرف لا يكون إجازة إلا إذا أود بذلك الموافقة على التصرف (نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ ص ١٩٤ استئناف وطني أول فبراير سنة ١٩١٠ : المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١٠٨ ص ٢٩٦ - استئناف مخطوط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠) .

ويجب أن تقع الإجازة بعد الموت ، فالإجازة الحاصلة وقت العقد أو اشتراك الورثة في نفس العقد لا يعتبر إجازة ، ويجب صدور الإجازة مرة ثانية بعد الموت . وإجازة بعض الورثة دون بعض لا تنفذ إلا في حصص من أجازة الورثة (نقض مدني ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ ص ١٦٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . ويميز للمشتري أن ينفذ الورثة =

الوصية ، وقد قدمنا أن المقدار المحابي به يعتبر في حكم الوصية . ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث (١) . فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفاً ، ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وثمانمائة ، فإن المقدار الذي حوّل به المشتري يكون ثمانمائة . وهذا يزيد على ثلث التركة - وقدره ستمائة - بمائتين . فلا ينفذ البيع في حق الورثة في الدار بمقدار مائتين إلا بإجازة الورثة ، وينفذ في باقي الدار دون حاجة إلى إجازتهم . فإن لم تجز الورثة في المائتين ، كان على المشتري أن يؤدي إليهم هذا المبلغ ليضاف إلى الألف الذي دفعه ثمناً ، فيخلص للورثة ألف ومائتان ، وهذا المبلغ هو ثلثا التركة الواجب أن يخلص للورثة . وللمشتري أن يسحق البيع ، فيرد الدار للتركة ، ويسترد منها الألف وهو الثمن الذي دفعه (٢)

= ليعلموا ما إذا كانوا يجوزون التصرف أو لا يجوزونه ، وأن يلتجئوا إلى القضاء لتحديد ميعاد لذلك ، لكن إذا انقضى الميعاد هذا عدم إجازة منهم للتصرف (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢١٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠ - الأستاذ عبد المنعم للبدراوى فقرة ٤٢٢) . وسكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشتري دون أن يظن الوارث ، بل سكوت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته ، يعتبر إجازة ضمنية للعقد الصادر في مرض الموت (استئناف أسيوط ١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٢ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

وإذا تعددت العقود الصادرة من المورث في مرض الموت ، اعتبر المشترون في حكم الموصى واقتسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم ، ولا محل للرجوع إلى تواريخ العقود لتقديم أقدمها تاريخاً أو تسجيلاً (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٥/٤٣٠ ص ٨٢٨) . ويبدو أنه بالنسبة إلى الموصى له يعتبر بيع الموصى في مرض موته هو أيضاً في حكم الوصية ، فيكون البيع في مرض الموت إما ناقضاً للوصية الأولى وإما نافذاً معها في حدود ثلث التركة (قارن استئناف وطني ١٥ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٦ وتطبيق الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٠٨ هاشم رقم ١) .

(١) فإذا لم يكن للمريض ورثة نفذ البيع أيا كان المقدار المحابي به ولو كان البيع في حقيقة هبة ، ولا يعتبر بيت المال وأوانا كما سبق القول (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢١٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦) .

(٢) كذلك للورثة أن يستبقوا الدار شائعة بينهم وبين المشتري ، وتكون حصتهم فيها بمقدار المائتين اللتين اعتبر البيع فيهما غير نافذ . وقد أجازت محكمة استئناف أسيوط لوارث أن =

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة في عهد التصبن
الملف السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم
هو ما قلنا (١) ، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ في حيز الورثة في جميع
الدار - لا فيما يجاوز ثلث التركة فحسب - إلا بإجازتهم (٢) .

١٨٧ - التصرف بغير ممن أصغر: وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه
دفع ثمناً ما له منس ، اعتبر التصرف منه بغير ممن ، وكان لها حكم الرصة
لأنها وقعت في مرض الموت . فإذا كانت قيمة العين لا تزيد على ثلث التركة ،
نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم . وإذا زادت قيمة العين
على ثلث التركة ، لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن لم
يجزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاور الثلث ، أي أن يرد
إلى ما بقي بتكلفة ثلثها . ويستوى في ذلك كله أن يكون التصرف لوارث
أو لغير وارث . فلو أن المريض تصرف في دار قيمتها وقت الموت ألفان ، ولم
يستطع المتصرف له أن يثبت أنه دفع ثمناً ، وكانت قيمة التركة - ويخل
في ذلك قيمة الدار المتصرف فيها - ستة آلاف . فإن التصرف ينفذ في حق
الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، لأن قيمة الدار لا تجاوز ثلث التركة .
أما إذا كانت قيمة التركة ثلاثة آلاف والمسألة بحالها ، فإن قيمة الدار تجاوز
ثلث التركة بمقدار ألف ، فإذا لم تجز الورثة التصرف وجب على المتصرف
له أن يرد إلى التركة ألفاً على النحو الذي قلناه .

= يأخذ حقه وهو الثلثان حيناً إذا كانت العين المبيعة قابلة للتجزئة (١٧ أبريل سنة ١٩٢٩
المطبعة ٩ ص ٦٤٥ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المطبعة ١١
ص ٨٢٨) .

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٢ ومراجع الفقه
والقضاء المشار إليها .

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢١٥ . والعبرة في معرفة أي حكم يسرى
تكون هنا أيضاً بتاريخ موت المورث ، فإن كان هذا التاريخ قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ١٧
لسنة ١٩٤٦) الذي يميز الوصية لوارث فحكم التقنين القديم هو الذي يسرى ، وإلا فحكم
التقنين الجديد .

قد كان التصرف بغير إذن أصلاً في عهد التقنين الملغى السابق يجرى التمييز فيه : إذا كان التصرف لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه ، وما إذا كان التصرف لوارث فلا ينفذ في حق الورثة في جميع الدار - سواء زادت قيمتها على ثلث التركة أو لم ترد - إلا بإجازة الورثة ، فإذا لم يجيزوا وجب على الوارث رد الدار إلى التركة (١) .

١٨٨ - حماية الغير حسن النية : ويتبين مما قدمناه أن هناك حالتين لا ينفذ فيهما تصرف المريض في حق الورثة إلا بإجازتهم ، وهما : (١) إذا تصرف بغير إذن أصلاً وكانت قيمة العين تزيد على ثلث التركة . (٢) أو باع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة .

ففي هاتين الحالتين إذا لم تخبر الورثة ، ولم يرد المتصرف إليه إلى التركة ما يني بشككته لثباتها ، كان للورثة أن يستوفوا من العين التي تصرف فيها المريض ما يني بشككته لثباتها . وإذا تبرع المتصرف له بالعين ، جاز للورثة أن يتبعوا العين في يد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم على النحو الذي قدمناه (٢) . أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعاً ، بأن باعها مثلاً من شخص آخر ، فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية ، أي إذا كان المشتري لا يعلم وقت أن اشترى العين أن للورثة حقاً فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع (٣) . ونقول المادة ٧٨ مدني ، كما رأينا ، في هذا الصدد ما يأتي : « لا تسري أحكام المادة السابقة لإضراراً بالغير حسن النية وإذا كان هذا الغير قد كسب بعرض حقاً عينياً على العين المبيعة » . ولا يني للورثة في هذه الحالة إلا الرجوع بحقوقهم على من تصرف له المريض .

(١) والمادة هنا أيضاً بتاريخ موت المورث ، فإن كان قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٨٦) الذي يجيز الوصية لوارث سري حكم التقنين السابق ، وإلا فيسري حكم التقنين الجديد .

(٢) وذلك ما لم تكن العين منقولة وقد حازه المتبرع له بحسن نية .

(٣) أما إذا كان المشتري سي النية ، كأن أعلنه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم إجازتهم لتصرف المريض ، لم يجز - أن يطلب الحماية (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٧) .

والحكم لا يتغير فيها إذا كان المنصرف له رهن العين أو رتب عليها حق ارتفاق أو حق انتفاع أو أى حق عيني آخر ، وكذا من تلقى الحق العيني حسن النية . فيجب في هذه الحالة أن يحترم الورثة هذا الحق العيني ، ولا يستوفوا من العين حقهم إلا وهى محملة بهذا الحق (١) .

§ ٤ - بيع الوارث لعين فى التركة قبل سداد الديون

١/٤ - وضع المأثر - صيغة جارية واهية :
قدمنا ان هناك صورا عتصة لبيع التركة ، وما استبعد من هذه الصور بيع الحقوق الاحتمالية فى تركة دون ضمان صفة الوارث وبيع التركة المستقبلية . وعالجنا صورة ثالثة هى بيع الوارث لحصته فى التركة أى لنسبة فى مجموع من المال من ضمان صفته كوارث ، سواء كان البيع لغير وارث أو كان لوارث وهو الخارج . ويبقى أن نعالج هنا الصورة الأخيرة وهى بيع الوارث لعين معينة بالذات من أعيان التركة قبل سداد الديون .

لو أننا كنا نطبق مبادئ القانون الفرنسى ، حيث تنتقل الديون إلى ذمة الورثة كما تنتقل الحقوق ، لكان الوارث يستطيع أن يبيع أعيان التركة قبل سداد الديون . فان هذه الأعيان قد انتقلت إلى ملكيته بمجرد موت المورث وقبل الوارث للميراث ، كما أن الديون قد انتقلت إلى ذمته ، فله أن يبيع الأعيان ، ثم يسدد الديون بعد ذلك ولو من ماله الشخصى .

ولكن مبادئ الفقه الإسلامى تتعارض مع التصور المتقدم ، فديون التركة وفقاً لهذه المبادئ تتعلق بأموالها ، فتجب معرفة متى تنتقل أموال التركة للورثة ، ومدى نعلق حقوق الدائنين بهذه الأموال ، ويستتبع ذلك أن تساؤل هل يستطيع الورثة أن يتصرفوا فى أعيان التركة قبل سداد ديونها .

(١) الأستاذان محمد عبد الوهاب وآية الله السيد محمد باقر المجلسي - الأثر الإدارى لفترة ٢٣ - الأثر الإدارى لفترة ٤١ - الأستاذ عليان مرقس لفترة ٢٠٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر ادى لفترة ٢٣ - الأثر د منصور معطي منصور لفترة ١٣١ .

وقد كان هناك خلاف محتمل في عهد التقنين المسمى السابق فيما إذا كانت مبادئ الفقه الإسلامى هى التى تسرى في انتقال أموال التركة إلى الورثة أو هى مبادئ القانون الفرنسى ، فانقسم الفقهاء إلى فريقين ، فريق يقول بالرأى الأول وكان هو الرأى الراجع ، وفريق يقول بالرأى الثانى (١) . وقد حسم التقنين

(١) أصحاب الرأى الأول يستندون إلى أن المشرع في عهد التقنين المسمى السابق قد أحال الميراث على الشريعة الإسلامية ، لا فحسب من حيث تعيين الورثة وتحديد أسببتهم في الميراث ، بل أيضاً باعتبار الميراث طريقاً لانتقال الملكية من المورث إلى الوراث . والوراث في الشريعة الإسلامية لا يستمر شخص مورثه ولا يحمل محله في التزاماته ، بل إن ديون المورث تمتنع بالتركة ، وتبقى التركة ضامنة لديونه بعد موته كما كان ماله ضامناً لها حال حياته . ولا يرث الوراث إلا ما يتبقى بعد سداد الديون ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما حق الدائنين في الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة ، فإذا باع الوراث حيناً من أعيان التركة قبل سداد الدين ، كان للدائن أن ينتجها في يد المشتري ويستوفى منها حقه . هذا إذا كانت التركة مستفزة بالدين ، أما إذا كانت غير مستفزة فللدائنين كذلك ومن عام بمقدار ديونهم لأن أموال التركة مشغلة بحقوقهم ، ولكن الفقهاء أباحوا الورثة التصرف في أعيان التركة لأن ضمان الدائنين هي التركة جميعها لا عين بالذات . حل أن حق الورثة في التصرف يقف حين لا يبقى في التركة إلا ما يمكن الوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ في حق الدائنين ، وللدائنين أخذ حقوقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباقى منها كافياً (الأستاذ عبد الحميد بدوي في مجلة مصر المصرية ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها - وملاحظات الأستاذ عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلمي عيسى في ص ٤٠) . وانظر من أحكام القضاء في هذا الرأى : استئناف وطني ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ١٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ للشرائع ١ رقم ٤٢٤ ص ٢٧٧ - استئناف مصر ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ١/١٤٢ ص ٣٦٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ٤٢٨ ص ٨٢٦ - ٨ مارس سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٧٠ ص ١٦٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣٢ الحاماة ١٣ رقم ٦/٤٢٩ ص ٨٧١ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ١٧ - محكمة مصر ٢٨ يناير سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ١٩٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ١١٢ - محكمة طنطا ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٩ الحاماة ١ رقم ١/٣٢ ص ١٩٩ - الإكستردية ٣ أبريل ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٠ ص ٢٥٠ - استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٢ - ١٣ يونيو ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣٥ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٩ - ٢٠ أبريل ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢١ - ٢ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٥٤ - ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٠ - ٩ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٤٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٣٤ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٦ - ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٤ =

المدنى الجديد هذا الخلاف وأخذ صراحة بالرأى الأول . فنصت الفقرة الأولى

= ومن أصحاب هذا الرأى الأول من يذهب إلى حد القول بحلول الميراث المرحلة بموت المدين حرقاً لمبادئ الفقه الإسلامى (الأستاذ عمر ركنى الحمرى فى مركز الميراث فى الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٣ ومذلوله فى المجلد ١ سنة الأول اعداد الخامس .

أما أصحاب الرأى الثانى فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إنما تسرى فى تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، أما فى كيفية انتقال المال إلى الورثة فليس هذا متصلاً بالأحوال الشخصية ، بل هو داخل فى أسباب سبب الملكية ، فتسرى فيه التواعد العامة فى القانون المدنى . ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الحسنة ، ويقدم دائر الميراث على دائر الوارث فى اقتضاء حقوقهم من أموال التركة ، لأن حق النصيب جاء الذى كاد لهم فى حياة الميراث لا يزال باقياً كما كان مادام المالك منفصلاً . ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عيباً بالموت ، ولا يكون للدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث مالم يبيع إلا إذا كان المشتري سبباً النية وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف ميراث بلا فرق ، أنه أن يطمئن إلى تصرف الوارث بالدعوى البولندية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف الميراث . ولكن الوارث يلتزم فى أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة ، وليس للدائنين أن يضرروا من ذلك لأن كل تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل إلى منعه عن التصرف إلا بالمعبر (الأستاذ أحمد عبد الحافظ المحاماة سنة الثانية العدد الثالث - الأستاذ عبد الوهاب محمد الشرايع سنة الأولى ص ٥٧) . وانظر من أحكام القضاء فى هذا الرأى استئناف مصر ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢٠ ص ٤٢ - استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٤٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١٤ - محكمة الاسكندرية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ - الفقه ٤ ص ١٨ .

وانظر فى هذه المسألة وما احتدم فيها من خلاف الأستاذين أحمد نجيب الهللى وحامد زكى فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠٠ (وما أشير إليه من مراجع فى الفقه والقضاء) . وانظر بحثاً للأستاذ أحمد إبراهيم فى مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٢٥٧ - ص ٢٩٨ . وقد أخذت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالرأى الأول . فمنعت بأن التركة عند الحنفية ، مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تستغل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائى التوفى محو لم تبقيها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم من تصرف لهم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على الحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت لفصل فى مسائل الميراث بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائى التركة التعلل بأن الحقوق العينية فى القانون المدنى وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن التناوبى الذى لم يرد فى التشريع الرسمى ، وذلك لأن عينية الحق مقررة فى الشريعة الإسلامية ، وهى - من ماسبق القول - القانون فى الموارث . وإذن فالحكم الذى ينسب حق الدائن فى تتبع أعيان تركة مديته تحت يد من اشتراها ، ولو كان المشتري حسن النية وكان عقده مسجلاً ، مخالف للقانون ' نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦) . =

من المادة ٨٧٥ مدني على أن تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والثلاثين السادسة في شأنها . فلم يقتصر سر بيان أحكام الشريعة الإسلامية على تعيين الورثة وإنما أنصبتهم في الإرث ، بل امتد أيضاً إلى انتقال أموال التركة إلى الورثة رغم أن المسألة التي كانت محل خلاف في الماضي ، وقد حسم الخلاف فيها نص صريح كما نرى . إذن لا بد من تطبيق مبادئ الفقه الإسلامي في انتقال أموال التركة إلى الورث ، وفي حكم بيع الوارث لأعيان التركة قبل سداد ديونها . وقد أخذت فعلاً نصوص التقنين المدني الجديد في الميراث وسداد ديون التركة بهذه المبادئ ، سواء خضعت التركة لنظام التصفية أو لم تخضع .

فبحث إذن مسائل نحسب : (١) انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي (٢) تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون في الفقه الإسلامي (٣) انتقال أموال التركة إلى الورثة في التقنين المدني الجديد (٤) تصرف الورثة في أعيان التركة التي لم تخضع لنظام التصفية في التقنين المدني الجديد (٥) تصرف الورثة في أعيان التركة التي خضعت لنظام التصفية في التقنين المدني الجديد .

= وقفت أيضاً بأن تصرف الورثة في التركة المسترفة يبيع بعض أعيانها خاضع حكم القانون المدني من حيث اعتباره من غير مالك ، وبالتالي سبياً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسي ، ومن حيث عدم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائن التركة . لكن الحكم الصادر على هذا الأساس بملكية المشتري العين المبيعة له لا يكسبه هذه الملكية إلا بحملة بحق الدائن المبنى ، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون في الوقت نفسه تقادماً مستقلاً بحق المبنى الذي يشتملها ، إذ هذا الحق إنما هو حق تبعي لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الدين الذي هو تابع له . وبقاء هذا الحق المبنى على الأرض المبيعة هو سند الدائن في تتبعها بالتفنية تحت يد المتصرف إليه . وإذن فن الخطأ أن يلغى بإلغاء إجراءات نزاع الملكية التي يتسببها الدائن على تلك الأرض ، إذ هذا القضاء يكون فيه إمداد لحق الدائن و تتبع العين لاستيفاء دين (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) . ويزعم على هذا الحكم الأخير أنه متى قرر لدائن حقاً عينياً على العين المورثة يمكنه من تتبع المزار تحت يد المشتري ، لم يعد في حاجة إلى إنكار ملكية الوارث للعقار وإلى ترتيب التقادم الخمسي على انقضاء الملكية . ولو أن الوارث كان غير مالك حقاً ، وباع إلى مشتري حسن النية ، ذلك هذا بالتقادم الخمسي المبيع خائفاً من حق التركة ودائيتها ، فهؤلاء لا يعدون أن يكونوا في مركز الدائن الحقيقي ومركز من كسب حقاً من هذا المالك ، فيسرى التقادم في حقهم .

١٩٠ - انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي :

من المقرر في الفقه الإسلامي أن ديون الميت تتعلق بما يتركه من أموال ، فنصبح التركة هي المسئولة عن سداد هذه الديون . والدين يتعلق بمالبة التركة لا بدوات أعبانها ، إذ حق الدائن هو أن يستوفي الدين من مالبة التركة لا من عين بالذات .

وإذا بحث الفقهاء ، في الفقه الإسلامي ، متى تنتقل أعبان التركة إلى الورثة ، فليس الغرض من تحديد وقت انتقال الملكية القول بأن الورثة يستطيعون التصرف في هذه الأعبان من هذا الوقت . فإن ملكية الأعبان تنتقل إليهم والديون متعلقة بماليتها كما قدمنا ، فيقيد هذا من حق الورثة في التصرف كما سئرى . ولكن هناك نتائج أخرى تتوقف على تحديد وقت انتقال ملكية التركة إلى الورثة ، وهل يكون وقت موت المورث أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون . ونذكر من هذه النتائج اثنتين : (١) نماء أعبان التركة بالزيادة المتولدة - متصلة كانت أو منفصلة - كالثمرة والولد والربع والسمن ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت يكون ملكاً للميت ، فيقضى من هذا النماء ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذا النماء يكون ملكاً للورثة ، فلا تقضى منه ديون الميت ولا تنفذ منه وصاياه . (٢) نفقات أعبان التركة ، كنفقة الحفظ والصيانة وكمصروفات الحمل والخزن وكطعام الحيوان ، تكون على التركة فيما إذا بقيت ملك الميت . أما إذا انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه النفقات تكون على الورثة ، حتى إذا بيعت أعبان التركة في ديون الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا ، ويكون عليهم أن يتخلصوا من هذه النفقات بالمبادرة إلى بيع الأعبان لسداد الديون . وكما أن لهم نماء الأعبان يكون عليهم نفقتها ، والغرم بالغنم .

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة ، فمنها ما ذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت ، ومنها ما ذهب إلى انتقالها فوراً إلى ملك الورثة ، ومنها ما يميز بين حالة وحالة .

فعمد المالكية تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين ، مستغرقاً للتركة أو لم يكن مستغرقاً لها .

وعند الشافعية والحنبلية تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، مع تعلق الدين بها على النحو الذي قدمناه . سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق لها . وفي المذهب الحنبلي ، إلى جانب هذا القول ، قول آخر يذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت إلى أن يسدد الدين ، وهو قول يتفق مع مذهب مالك .

وعند الحنفية يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن كان الدين مستغرقاً ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة . بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يمكن أن يدهوا قيمة التركة ، وهذا على الرأي المشهور في المذهب الحنفي . وفي قول آخر يمكن لاستخلاص أموال التركة أن يدفع ثمة للدائنين قيمة هذه الأموال لجميع الديون . وأما إن كان الدين غير مستغرق للتركة ، فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأي ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين ، وهذا الرأي يتفق مع مذهب المالكية . وهناك رأي ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأموال ما يمكن لسداد الدين ، وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة (١) .

١٩١ - تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون في الفقه

الإجماع : اختلفت المذاهب الفقهية في صحة هذا التصرف ، ولكن اختلافها لا يتفرع حتماً على اختلافها في الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى ملك الورثة ، وإلا لوجب أن يقول من يذهب إلى انتقالها إلى ملك الورثة بمجرد موت

(١) أنظر عرضاً مفصلاً لهذه المذاهب وللأدلة التي يحتاج بها كل مذهب في مقال للأستاذ ط الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة الفانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة ص ١٥٨ - ص ١٧٤ .

المورث بنسخة تصرف الوارث قبل سداد الدين ، وأن يقول من يذهب إلى بقائها على ملك الميت بعدم صحة هذا التصرف ومضى بعد عرض المدعى في هذه المسألة أن هذا ليس مطرداً .

فعند الملكية ، وهم الدائنون ينفردون بالتركة على ملك الميت حتى يسدد الدين ، يقتضي منطق هذا القول أن يكون تصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا سواء كان الدين مستغرقاً أو غير مستغرق . ولكن هذا هو أحد رأيين في المذهب ، وليس مبنياً على انعدام ملك التركة بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على حق الورثة . والرأي الآخر ينسب إلى أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم ينس حق الدائن ولم يتضرر هذا به ، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو يزل عن دينه ، أو يبيّن من التركة بعد التصرف ما يكفي لسداد الدين . لا فرق في ذلك بين أن يكون الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع ، فلذلك حالتان . الأولى أن يكون الوارث هالماً بالدين وقت تصرفه أو أن يكون الميت مشهوراً بالدين ، وعند ذلك يابح المبيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه ، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير هالماً بالدين ولا يكون الميت مشهوراً بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن الذي قبضه من المشتري سواء كان فيه وفاء بالدين أو لم يكن ، ولا رجوع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حاباه الوارث في البيع فيرجع الدائنون بقدر الحاباة فقط (١) .

(١) وقد جاء في المتنونة الكبرى في هذا الصدد : « قلت أرأيت رجلاً هلك وترك مالا وترك ديوناً للناس عليه ، وليس في مال هذا الذي ترك وفاء لحق واحد من الغرماء ، فأخذ الوصي المال أو أخذته الورثة فقفضوه رجلاً واحداً وهم لا يعلمون بالدين لم الدين ، أو كانوا يعلمون فقفضوا واحداً من الغرماء دون بقيتهم . قال إذا لم يعلموا ببقية الغرماء ولم يكن الميت موصوفاً بالدين ، فلا شيء على الوصي ولا على الورثة . فإن علموا أن كان موصوفاً بالدين ، فليعلم ما يصيب هؤلاء إذا تحاصوا ، ويرجع الورثة أو الوصي الذي اقتضى المال بما غرم هؤلاء الغرماء . وإن كانوا لم يعلموا ، فإنما يابح الغرماء الذين استوفوا المال ، ولا يكون على الوصي ولا على الورثة شيء . قلت وهذا قول مالك ، قال نعم هو قوله ... قلت أرأيت إن باع الورثة »

والحنابلة كالمالكية عندهم رأيان : أحدهما أن تصرف الوارث في التركة الميسرة قبل أداء المدين بغير إذن الغرماء ، باطل ، والثاني أنه صحيح نافذ مادام لم يمس حقوق الدائنين . ولكن الحنابلة يقفون عند وقت انتقال التركة للورثة ، فمن قال منهم إنها لا تنتقل إلا بعد سداد الدين ذهب إلى بطلان تصرف الوارث قبل السداد ، ومن قال إنها تنتقل فوراً بموت المورث ذهب إلى صحة هذا التصرف (١) .

وعند الشافعية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف في أموال التركة المديونة ، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة . ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن ، والرهن عند الشافعية يمنع من بيع

تركة الميت فأكلوها واستهلكوها ، ثم قدم قوم فأتوا البيعة على دين لم يملأ الميت ، قال قال مالك إن كان الرجل الميت معروفاً بالدين ، فبأذن الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه وانفسوه . أكلوه ، كان لغرماء أن يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه ، ولا يجوز بيع الورثة ، وأتبع الذين أتوا الورثة . وإن كان الرجل الميت لا يعرف بالدين ، فباعوا كل مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم ، أتبع الغرماء الورثة ، ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل ، ولا يأخذون من الذين اشتروا ما في أيديهم . قال ابن القمام أخبرني بهذا عن مالك غير واحد من أصحابنا ، وهو رأي . سمعنا عن ابن وهب قال مالك في الرجل يهلك وهو مديان أو غير مديان معروف كلاهما في حاله ، ثم يبيع الورثة أمواله فيقتسمونها : ثم يأتي دين على هذا الميت ، فيوجد المال بأيدي الناس الذين اشتروا . قال أما الذي يعرف بالدين ولا يجهل أمره ، فإن الغرماء يأخذون ما وجدوا بأيدي الناس الذين اشتروا ، ويبيع الذين اشتروا الورثة بأموالهم . وأما الذي لا يعرف بالدين ولا يظن به الدين ، فأنما يتبع غرماءه الورثة بشئ ما باعوا كان فيه وفاءهم أو لم يكن . (الفتاوى الكبرى جزء ١٣ ص ٥٧ - ص ٥٩) .

(١) وقد جاء في المتن في هذا الصدد : « حكى بعض أصحابنا فيس مات وعليه دين ، هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟ روايتين : إحداهما لا يمنعه ، الخبر ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلم يمنع نقله . فإن تصرف الورثة في التركة ببيع ونحوه ، صح تصرفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن تعذر وفاءه فسحق تصرفهم ، كما لو باع السيد عبده الجاني أو النصاب الذي وجبت فيه الزكاة . والرواية الثانية يمنع نقل التركة إليهم لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ، فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية ، فلا يثبت لهم الملك قبلها . فعل هذا لو تصرف الورثة ، لم يصح تصرفهم ، لأنهم تصرفوا في غير ملكهم ، إلا أن يأذن الغرماء لهم . وإن تصرف الغرماء ، لم يصح إلا بإذن الورثة » (المتن جزء ٤ ص ٤٨٧) .

العين امرهونة . وكان مقتضى ذلك أنه يجوز لوارث بيع مال التركة باذن الدائن ، ولكنهم مع ذلك لا يجيزون التصرف ولو باذن الدائن ، لأن الدين لا يزال معلقا بنفس الميت ، حتى لو كان باذن المورثين بسنط . ذلك دونه لأن يدسردا إلى أن تصرف الوارث في التركة المندسة من دين ، ولو لم يكن مستعقدا ، قيل مدانه تصرف باطل . وسادس أن يتبعوا آعيان التركة في يد المشتري ، وللمشتري الرجوع على الوارث بما أدى من الثمن . ويستثنى من ذلك تصرف الوارث في التركة لسداد الدين . فهو صحيح إذا كان باذن جميع الدائنين ، أو باذن القاضي ، إذا لم يكن الثمن أقل من القيمة . وهناك رواية أخرى في مذهب الشافعي أنه يصح تصرف الوارث في التركة المدينة ، لأن الدين حتى يتعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض . وفقضى الوارث الدين لزوم تصرفه ، وإن لم يقضه فسح التصرف (١) .

وعند الحنفية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث إذا كان الدين غير مستغرق وإلا فسحقها على ملك الميت ، لا يجوز مع ذلك للوارث حق التصرف لحسابه الشخصي ، وإلا كان التصرف باطلا ، سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة . ويتبع الدائن العين في يد المشتري لبطلان التصرف ، ويرجع المشتري على الوارث بما أدى من الثمن . على أنه يجوز للوارث باعتباره خليفة عن الميت أن يتصرف في أموال التركة المدينة لسداد الدين ، ويصح تصرفه في هذه الحالة . وهناك من فقهاء الحنفية من لا يقول ببطلان التصرف ، إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين وكان الوارث

(١) وقد جاء في المذهب في هذا الصدد : « ومن مات وعليه ديون ، تعلقت الديون بمال كما تعلق بالخبر في حياته ... فإن تصرف الورثة في التركة قبل مضي الدين ، ففيه وجهان : أحدهما لا يصح ، لأنه مال يتعلق به دين ، فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمهرهون . والثاني يصح ، لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض . وإن قلنا إنه يصح ، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقض فسحقنا ... وإذا قدم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ، ثم مهر غريم آخر ، رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخوه من قدر دينه ، لأننا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم ، فله أن يختلف ذلك وجه نقض نفسه ، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه » (المذهب جزء أول ص ٢٢٧) .

تصرف لحسابه الشخصى أما إذا لم تكن التركة مستغرقة بالدين ، ونصرف الوارث لحسابه الشخصى ، كان التصرف صحيحاً نافذاً ما بقى فى التركة ما بقى بسداد الدين . ثم أجاز الدائن التصرف (١) .

ومخلص مما قدمناه عن اختلاف المذاهب فى هذه المسألة أن الأسامى الذى يقوم عليه تقييد حق الوارث فى التصرف قبل سداد الدين هو حماية الدائن ، وليس هو انعدام الملكية أو وجودها عند الوارث . واختلاف الأقوال يرجع إلى اختلاف الطريقة التى يحى بها حق الدائن . فمن الأقوال ما يعمى فى حماية الدائن إلى حد أن يبطل تصرف الوارث قبل سداد الدين ، وهذا قول فى كل من المذاهب الأربعة . ومنها ما يجعل تصرف الوارث صحيحاً بشرط ألا يمس

(١) وقد جاء فى المبسوط للرخسى . « الدين إذا كان محيطاً بالتركة يمنع ملك الوارث فى التركة ، وإن لم يكن محيطاً فكذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله الأول ، وفى قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لأنه يخلف الموروث فى المال ، والمال كان غلوفاً لميت فى حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمزموه ، فكذلك يكون ملكاً للوارث . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، فقد جعل الله تعالى أداء الميراث بعد قضاء الدين ، والحكم لا يسبق أوامره . فيكون حال الدين كحالته فى حياة المورث فى المعنى ، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته ، فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه . وإذا كان الدين محيطاً بتركته فالمال مشغول بحاجته ، وقيام الأصل بمنع ظهور حكم الخلف . ولا يقال يبنى غلوفاً بغير مالك ، تبقى مالكية المدينون فى ماله حكماً لبقاء حاجته . (المبسوط جزء ٢٩ ص ١٢٦ - ص ١٢٨) . وجاء فى الزيلعى : « إن الدين يجب فى الذمة . . ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة . ألا ترى أن التركة لو ملكتك لا يسقط ، وأن الوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر . . بخلاف الوصية فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة ، وليس وارثاً أن يستخلص التركة ويطلبه من محل آخر . . ولأبى يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخرب الذمة ، ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ قصره فيها إذا كانت مستغرقة بالدين » (الزيلعى جزء ٦ ص ٢١٤) . وجاء فى حاشية الشلبى على الزيلعى (حرره ٦ ص ٢١٤) : « إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، فأراد الوارث استخلاص التركة ونفذ المال ، يجبر رب الدين على القبول . لأن عند استغراق التركة بالدين ، وإن كان لا ملك لهم ، ولكن لم حق استخلاص التركة . أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يكن المال نقداً ، كان للقاضى أن يبيع التركة ويقضى حق الترماء . والأجنبى لو فقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول ، لأنه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة . والدين إذا كان زائداً على التركة ، فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة ، كالمبد الجانى إذا فداء مولاه فداء بارشه . »

حق الدائن ، فينفذ التصرف بإجازة الدائن أو منزوله عن دينه أو ببقاء مال في التركة بكفى لسداد الدين ، وهذا قول آخر في كل من المذاهب الأربعة كذلك .

١٩٢ - انتقال التركة المبرئة إلى الورثة في التقنين المدني الجديد :

وقد عني التقنين المدني الجديد بتنظيم القاعدة الشرعية التي تقضى بالإنعكة إلا بعد سداد الدين ، وهي القاعدة التي رأينا المذاهب الفقهية المختلفة قد تضاربت في تحديدها وفي استخلاص نتائجها . فأورد علماً مفصلاً لتصفية التركة المبرئة ، بعد أن قرر إجمالاً وجوب اتباع الفقه الإسلامي في الميراث ، لا في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فحسب ، بل أيضاً في كيفية انتقال أموال التركة إلى الورثة كما سبق القول .

ونوجز هنا ما انطوت عليه نصوص التقنين المدني الجديد من مبادئ رئيسية في انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث ، وفي حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون . وقد استلزم التقنين المدني في هذا الصدد على مبادئ رئيسية ثلاثة ، استقيت كلها من مبادئ الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة :

أولاً - تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع نعلق حقوق الدائنين بها . فتنقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن ، ولكنه رهن مصدره القانون وليس الاتفاق مع الدائنين ، فهو رهن قانوني . ولا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً في حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث (١) .

(١) وقد قضت محكمة دمهور الكلية بأن التركة . مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق عيني لدائني المتوفى ، بخلاف لم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم على سواهم من تصرف له الوارث أو من دائنيه . هذا الحق العيني يتوافر له خصيصة التمتع والتقدم لاستيفاء دائني المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائلي حسن البية وآخر سيئ البية ، وإنه متعلق بالتركة كلها تعلق دين الرهن بالمرهون (دمهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٥ ص ١٥٧٠) .

ثانياً - ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فانه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها ، ولكن تصرفهم يكون خاضعاً لحقوق الدائنين على النحو الذي أسلفناه .

ثالثاً - ويكون سداد الديون ، إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية ، بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه ، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء حقه من أموال التركة ما يقرره القانون لكل دائن ، وذلك إما من طريق المحجز على هذه الأموال وعلى يد الورثة ، وإما عن طريق التلميذ والمحجز عليها في يد الدائر إذا تم إشهار الدائن أسلفنا الإشارة إليه - ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين بعد موت المورث ، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات الفردية ، تماثل حالتهم قبل موته . فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه ، ومن تأخر فقد يضيق عليه حقه كله أو بعضه . على أنه لا يجوز لأي دائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (م ٢/١٠٨٥ مدني) . أما إذا خضعت التركة لنظام التصفية ، فلا يكون سداد الديون إلا بإجراءات جماعية يتولاها المصني نيابة عن التركة . ومن ثم لا يجوز لأي دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه ، بل يقوم المصني في التركة - كما يقوم السنديك في التفليس - بمجرد أموال التركة وحصر الديون التي عليها وسدادها وتوزيع ما بقي بعد السداد على الموصي لهم والورثة . وإن ضاقت التركة بوفاء الديون ، نحاص الدائنون ، وأخذ كل منهم حصة بنسبة دينه ، ولم يأخذ الموصي لهم والورثة شيئاً .

١٩٣ - تصرف الوارث في أعيان التركة المبرئة التي لم تخضع

لنظام التصفية : ونخصص القول هنا في حكم تصرف الوارث في أعيان التركة المبرئة قبل سداد الديون إذا كانت هذه التركة لم تخضع لنظام التصفية . وقد قلنا في حقنا من أعيان التركة المبرئة ما تكون يدين رهن ، وأنه لا بد من سداد الدين ليتمكن المدين من التصرف في حق من تصرف له الوارث ، ويكون الشهرين أشهر الدائن بدينه في خلال سنة من شهر حق الإرث ، ويجري التناشير

أمام اسم المورث في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بنسب الأوضاع المقررة
للفهارس الأبجدية .

فإذا تم التأشير على هذا النحر ، استفتح الدائن أن ينفذ بحقه على عقارات
التركة ولو كان الورثة قد تصرفوا فيها ، فينتبهما في يد من وقع انتصرف لهم .
وقد ورد هذا الحكم في المادة ٩١٤ مدني ، إذ تنص على ما يأتي ، « إذا لم تكن
التركة قد صفت وفقاً لأحكام النصوص السابقة : جاز للدائني التركة العاديين
أن ينفذوا بحقوقهم أو يمد أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل انتصرف
فيها أو التي رتب عليها حقوق غير المصلحة الغير ، إذا أتمروا بديونهم وفقاً
لأحكام القانون (١) » . وأحكام الديون هنا تبينها المادة ١٤ من قانون تنظيم
الشهر العقاري ، ونحوى على الوجه الآتي : « نحو التأشير بالمحررات المثبتة لدين
من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام
أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتاج هذا التأشير من تاريخ حصوله ،
ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن
أن يحتاج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقدم بشهره قبل
هذا التأشير (٢) » .

(١) أنظر في عهد التقنين المدون السابق : استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠

ص ٣١٧

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « يؤدى
هذا النص أن تأشير الدائن بدينه في الميعاد المشار إليه يحسم له حقه مطلقاً قبل الغير ، حتى لو
كان هذا الحق قد تلقاه صاحبه وشهره قبل هذا التأشير . أما بعد هذا الميعاد ، فالمعبرة بالنسبة
الشهر بين الدائن وبين من تلقى الحق من الوارث . ولا يبدأ ميعاد السنة بالنسبة إلى الدائن إلا
من تاريخ شهر الإرث . أما إذا لم يشهر حق الإرث ، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة
استيفاء لحقه ، والمفروض أنها تكون باقية على ملك الوارث إذ لا يجوز شهر أى تصرف
صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته . وللدائن في جميع الأحوال ، ولو أغفل التأشير بدينه
بعد استطاعته ذلك - أى بعد شهر حق الإرث - أن ينفذ على أعيان التركة متى تكون باقية
على ملك الوارث . بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد
تسجيل حق الإرث) ، ولم يؤشر الدائن بدينه ، كان هذا الأخير الرجوع على عقارات التركة
التي لم يتعلق بها حق الغير . وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة رهنه ، فالدائن
الذي لم يؤشر بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون ، ولكن يكون للدائن المورث أن يحتاج =

ونظيماً لما فتمتاه نفرض أن الوارث قد باع عقاراً في التركة قبل أن يسدد ديونها . فإذا كان الدائن قد أشر بدينه على النحر الذي أسلفناه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، ولم يستوف حقه من الوارث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتبع العقار تحت يد المشتري ، كما كان يتبعه لو أنه كان دائناً مرتين ، فيستوفي حقه منه ، حتى لو كان البيع مسجلاً قبل تأشير الدائن بدينه مادام التأشير قد تم في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث كما سبق القول . وزى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشتري منه عقارات للتركة ، يجب عليه أن يتحوط فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث (١) ، وعند ذلك يستطيع أن يبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشر بدينه

« قبله بحق الرهن . وما ندره يرى أن المادة ١٤ مكررة المادة ١٣ التي أوجبت شهر الإرث حتى يسد الوارث التصرف في عقارات التركة . وقد أخضعت المادة ١٤ ديون الضمان لنظام التأشير حتى ، ولم توجب شهرها استقلالاً بطريق التسجيل . فإذا أهل الوارث شهر حقه ، لم يرد من التركة بشهر دينه ، مع بقائه محمياً بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاة الإيون ، فتظل ديون التركة رغم غفائها عالة بأعيانها كما لو كانت مرهونة بها . وانظر الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق المدنية الأصلية جزء ٥ ، فقرة ١٥٩ ص ١٩٦ - والأستاذ محمد علي عرفه في الانجذامات الحديثة في الميراث وتصنيف التركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣ .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن « لكل ذي شأن أن يطلب إلى قاضي الأمور المستحقة نحو التأشير المشار إليه في المادة الرابعة عشرة ، فيأمر به القاضي إذا كان سنة الدين مطعوناً فيه طعناً جدياً » . فيجوز إذن أن يطلب المحر الوارث أو دائن آخر للتركة أو دائن شخصي للوارث أو مشتر من الوارث يقره التأشير فيطلب محوه .

والأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائني التركة « فلا يتقدم أحدهم على الآخر لجرد أنه أشر بحقه قبله ولكن الدائن الذي أشر في خلال السنة له أن يتبع العقار في يد الغير ، ولا يستطيع هذا التبع الدائن الذي لم يقر في خلال هذه المدة (الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق المدنية الأصلية جزء ٥ ، فقرة ١٦٢ - الأستاذ محمد علي عرفه المقال المشار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٧) .

(١) أما قبل شهر حق الإرث ، فإن القانون لا يمكن الوارث من التصرف في عقارات التركة ، إذ يمنع شهر أى تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق أرته . وتقول المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث ، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإل أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أو تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق » .

حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس . فاما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن ، وإما أن يجعل الوارث بنى بالدين ، فان لم يفعل لا هذا ولا ذاك عرض نفسه لإجراءات التمتع التي يقوم بها دائن التركة (١) .

فاذا لم يقم الدائن بالتأشير بدينه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لم يعد حقه نافذاً في مواجعة المشتري إذا سجل المشتري البيع قبل أن يقوم الدائن بالتأشير بعد انقضاء السنة . فاذا أشر الدائن بدينه بعد انقضاء سنتين مثلاً ، فان كان المشتري قد سجل البيع قبل هذا التأشير لم يستطع الدائن تنعيع العقار في يده . ما لم يكن المشتري سبيء النية متواطئاً مع الوارث بحيث يجوز للدائن أن يطمئن في البيع بالدعوى البولصية . وإن كان المشتري قد سجل سع بعد تأشير الدائن ، كان للدائن أن يتنوع العقار في يد المشتري وأن يستوفي منه حقه ٢ . وفي جميع الأحوال يجوز للدائن ، إذا لم يستطع أو لم يرد تنوع العقار ، أن يستوفي حقه من أموال التركة الأخرى التي لا تزال باقية في يد الوارث ، كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث في ماله الشخصي إذا كان هذا قد باع العقار عشاً وإصراراً بحقوق الدائن ولو لم تتوافر شروط الدعوى البولصية .

أما إذا كانت العين التي باعها الوارث قبل سداد الدين منقولاً ، فلا تأثير لتأشير الدائن بدينه في هذا البيع . وينظر في هذه الحالة إلى المشتري ، فان كان سبيء النية ، أى يعلم أن المنقول الذي يشتريه هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ،

(١) ويبدو أن المشتري من الوارث لا يستطيع تطهير العقار ، كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهوناً رهناً رسمياً ، فإن التطهير إجراء استثنائي لا يمتد من الرهن الرسمي إلى غيره من الحقوق الماثلة إلا بنص في القانون . ولذلك حذر التطهير في حق الاختصاص لوجود هذا النص (م ١٠٠٥ مدني) ، ولم يحجز في الرهن الخياري لانهاءه .

٢ الأستاذ محمد علي أمام فقرة ١٧٦ ص ٩٥ - الأستاذ عبد السلام البدر أوى فقرة ١٩٠ ص ٦٩ - وإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشتري البيع قبل موت المورث ، ثم باع الوارث العقار ذاته ، فإن المشتري من المورث ينصر على المشتري من الوارث إذا سجل عقده في خلال السنة التي تلي شهر حق الإرث أو أشر بدينه باعتباره ذاتاً لتركة في خلال هذه المدة ، حتى لو سجل المشتري من الوارث عقده قبل ذلك . أما إذا سجل المشتري من المورث البيع أو أشر بالدين بعد انقضاء السنة ، فالمرة في المفاضلة بينه وبين المشتري من الوارث بالأسبقية في التسجيل أو التأشير . وتعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلي (انظر فقرة ٢٧٠) .

جاء للدائن أن يتبع هذا المنقول في يد المشتري وأن يستوفى حقه منه . أما إذا كان المشتري حسن النية ، فقد ملك المنقول بالحيازة ، ولا يستطيع الدائن أن يتبعه في يده ، وليس له إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التي لا تزال في يد الوارث . فإن لم يجد شيئاً يستوفى منه حقه ، رجع بشئ المنقول على الوارث إذا كان حسن النية ، أو رجع عليه بالتعريض إذا كان سيئ النية أى يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة ديناً لم يسدد .

١٩٤ - تصرف الوارث في أعيان التركة المبرئة التي خضعت لنظام

التصفية : وقد تخضع التركة المدينة لنظام التصفية . ونبادر إلى القول إن كل تركة لا تخضع حتماً لهذا النظام ، بل إن الكثرة الغالبة من التركات لا تخضع له ، لما فيه من إجراءات طويلة ومصروفات كثيرة ، مما يجعل النظام غير صالح إلا للتركة الكبيرة الكثيرة الديون . ومن ثم جعل طلب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن - الدائن أو الموصى له أو الوارث - على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى ، فإن لم يرمو جاً لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام (١) . وهذا كله إذا لم يعين المورث نفسه وصياً لتركته . فإن عين وصياً للتركة ، وأقر القاضى هذا التعيين ، فإنه يسرى على وصى التركة ما يسرى على الموصى من أحكام (م ٨٧٨ مدنى) . وهذا ما تنص عليه المادة ٨٧٦ مدنى فى خصوص جواز إخضاع التركة لنظام التصفية : « إذا لم يعين المورث وصياً لتركته ، وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجباً لذلك ، من تجمع الورثة على اختياره . فإن لم تجمع الورثة على أحد ، تولى القاضى

(١) ونرى من ذلك أن ما يوحى به الأستاذ محمد أبو رهره ، من كونه أحكام التركات والموارث (ص ٦٤ - ص ٧٤) ، من الانتقاد لنظام التصفية ، لما يتضمنه من مصروفات كثيرة وإجراءات طويلة ، لا محل له . فهو ليس بنظام إجبارى ، بل هو ليس بنظام اختيارى يجوز لذوى الشأن تطبيقه متى شاءوا . وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا أغفلها الديون وتعمدت شؤونها ، فالنظام ملائم كل الملائمة لمثل هذه التركات . والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يستحب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك (انظر من هذا رأى الأستاذ محمد كامل مرسى فى الفرق البينية الأصلية جزء ٥ ص ١٥٩ هامش رقم ١) .

اختيار المصنى ، هل أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقول هؤلاء .

فاذا خضعت التركة للتصفية ، قام مقام ناشير الدائن بدينه على النحو الذى بيناه فيما تقدم قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى . وقد نصت المادة ٨٧٩ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : ١ - على كاتب المحكمة أن يقيد يوما فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصنى وبثبوت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثة بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر لعزل ، وبكل ما يقع من تنازل . ٢ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للناشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ . فأتى تصرف يصدر من الوارث ، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لا يكون نافذاً فى حق دائنى التركة ، ولهذا أن يتبعوا العقار المبيع فى يد المشتري على النحو الذى بيناه تفصيلاً فى حصة ناشير الدائن بدينه فى خلال السنة . أما إذا قيد الأمر المذكور بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، فالعبرة بالأسبقية فى الشهر كما سبق القول . وكذلك للدائنين تتبع منقولات التركة التى يبيعها الورثة قبل سداد الديون ، ما لم يكن المشتري حسن النية على التفصيل الذى أوردناه فيما تقدم . بل إن الوارث إذا صرف غشاً فى شيء من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية ، عوقب بعقوبة التبديد كما سرى .

على أن نظام التصفية ذاته يقضى بغل يد الورثة عن التصرف فى أعيان التركة ، ويجعل سداد ديون التركة عن طريق إجراءات جماعية كما سبق القول . فيقوم المصنى ، كما قدمنا ، بمجرد أموال التركة ، وحصر الديون التى عليها ، وسدادها وتوزيع مابقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . ولا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى أن يتخذ الدائنون أى إجراء ، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه ، إلا فى مواجهة المصنى (م ١/٨٨٣ مدنى) . ولا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة (م ٨٨٤ منه) . وعلى المصنى أن يكلف دائن التركة

ومدينها أن يقدموا بياناً عما لهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وأن يودع
 قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها
 ونشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال (م ٨٨٦ - ٨٨٧ مدني) . وبمقابل
 بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من ما للتركة ، ولو كان وارثاً
 (م ٨٨٩ مدني) . ثم نص في المنازعات في صحة الجرد ، ولو عن طريق دعاوى
 أمام المحاكم المختصة ، ويقوم المصنف بعد ذلك برفاء ديون التركة . ولكن عليه
 في حالة إعمار التركة أو احتمال إعمارها ، أن يقف تسوية أي دين حتى يفصل
 بينه وبين جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة (م ٨٩٢ مدني) . ويجوز للمحكمة
 بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل الذي على التركة بشروط
 معينة ، فإذا لم يقض بحلول الأجل تتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع
 أموال التركة بحيث يختص كل وارث من حصة ديون التركة ومن جملة أموالها
 بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث . وترتب المحكمة لكل دائن
 من دائني التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول ، حتى أن تحتفظ لمن كان له
 تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو باضافة ضمان
 تكفيلى بقدومه الورثة من مالهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتب
 المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م ٨٩٥ / ١ و ٢ مدني) . وبعد تسوية
 الديون على هذا النحو ، إذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره في
 قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة ، لم يحز لهذا الدائن أن يرجع
 على من كسب حسن به حقاً عينياً على أموال التركة ، وإلا له الرجوع على
 الورثة بسبب إزائهم (م ٨٩٧ مدني) .

وبعد أن يقوم المصنف بتنفيذ التزامات التركة من تجهيز الميت وسداد الديون
 والتكاليف والرصايا وغير ذلك (١) ، يخلص مابقى من المال للورثة كل بحسب
 نصيبه الشرعى ، ويسلم المصنف لهم ما آل إليهم من هذه الأموال (م ٨٩٩ -

(١) ويدخل ، لتنفيذ الديون والرصايا ، في مال التركة نماؤها . ويتفق هذا مع رأى
 الكتيرين من المناطقة فهم يحملون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويحملون الديون مع
 دفع ثلثتها لتلها بأصل التمام (الأستاذ على الحقيف في المقال المشار إليه ص ٢٢٠ -
 الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ٢٧) .

٩٠٠ مدني) . وتسلم المحكمة إلى كل وارث بقدم إعلماً شريعياً أو ما يقوم مقام هذا الإعلام شهادة تقرر حقه في الإرث ، وتبين مقدار نصيبه منه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة (م ٩٠١ مدني) . وهذه الشهادة هي التي يسجلها ، فيشهر بذلك انتقال المال الموروث إليه . وهي تبين له من وقت تسلمها التصرف في هذه الأموال ، كما سبق القول . على أنه يجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأبناء أو النفود التي يحتاج لها في تصفية التركة ، أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل كفاية أو بدون تقديمها (م ٩٠٠ مدني) . وغنى عن البيان أن الوارث الذي يتسلم شيئاً من ذلك يكون له حق التصرف فيه ، ولو قبل أن يتسلم شهادة التوريث .

§ ٥ - بيع المحجوز عليه والممسور

١٩٥ - بيع المحجوز عليه : يبدأ التنفيذ على عقار المدين بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين (م ٦١٠ مرافعات) . ويجب تسجيل التنبيه قبل انقضاء ستين يوماً على إعلانه وإلا اعتبر كأن لم يكن ، ولا يجوز تسجيله قبل مضي خمسة عشر يوماً على إعلانه (٦١٣ مرافعات) . ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً ، ويسقط هذا التسجيل ويحصل شطبه بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بإيداع ذممة شروط البيع أو صدور أمر قاضي البيوع بمد هذا الميعاد (٦٥١ مرافعات) .

فإذا ماتم تسجيل التنبيه على النحو المتقدم فاعتبر العقار محجوزاً ، لم يعد يجوز للمالك العقار المحجوز ، سواء كان هو المدين أو الخائر للعقار ، أن يبيعه . ويبيع المالك العقار لا يكون نافذاً في حق الدائن الحاجز ولا في حق الراسمي عليه المازاد ، إلا إذا كان البيع قد حصل تسجيله قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . فإن سجل التنبيه قبل تسجيل البيع ، كان البيع غير نافذ في حق هؤلاء . وقد كان تقنين المرافعات الوطني السابق لا ينص صراحة على هذا الحكم وإن (م ٢٣ - الوسيط ج ٤)

نص عليه تقنين المرافعات المختلط (١) . فاختلف الرأي في تحديد الوقت الذي يمنع به المحجوز عليه من بيع عقاره أم هو وقت تسجيل التنييه أم هو وقت البيع بالمزاد (٢) . ولكن تقنين المرافعات الجديد حسم هذا الخلاف ، ونص صراحة على منع المحجوز عليه من بيع العقار المحجوز من وقت تسجيل التنييه ، إذ نصت المادة ٦١٦ مرافعات على أنه « لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ (الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنييه فأصبحوا طرفاً في الاجراءات) ولا الراسى عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنييه نزع الملكية . ومع ذلك ينفذ التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز المشار إليه إذا قام ذوو الشأن ، قبل اليوم المحدد للبيع ، بإبداع مبيع يكتفى للوفاء بأصل الديون والفوائد والمصاريف التي للحاجزين والدائنين المشار إليهم سواء حلت ديونهم أو لم تحل مع إعلانهم جميعاً بالإبداع ، وتكون هذه الألف مخصصة لوفاء ديون من ذكروا دون غيرهم من الدائنين . فإذا لم يحصل إبداع قبل إيقاف البيع ، فلا يجوز لأى سبب منح ميعاد للقيام به » .

وبمخلص من النص المتقدم أن بيع العقار المحجوز إذا لم يسجل قبل تسجيل تنييه نزع الملكية - فلا يكتفى إذن أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل التنييه - لا يكون نافذاً في حق الدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنييه والراسى عليه المزاد (٣) . فيستطيع هؤلاء أن يواصلوا إجراءات التنفيذ دون التفات لهذا البيع ، إذ هو غير سار في حقهم ، وللراسى عليه المزاد أن

(١) فكانت المادة ٦٠٨ من تقنين المرافعات المختلط تنص على أنه « لا يجوز لمدين من يوم تسجيل التنييه أن يتصرف في العقارات المذكورة في التنييه ، إلا كان التصرف باطلاً من تلقاء نفسه وبلا حاجة إل حكم بذلك » .

(٢) وكانت محكمة النقض تقضى بأن المدين يبقى على حقه في التصرف في العقار حتى يباع عليه بالمزاد (نقض جنائي ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٤ ص ١١٥ - نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٩٨٨) .

(٣) ولكنه لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، بل يكون ييماً صحيحاً نافذاً فيما بين البائع والمشتري .

يخلص بالعقار دون أن يحنج عليه بالبيع (١) . فإذا استوفى الدائنون حقوقهم من الثمن الذى رسا به المزاد ، وبقي فضل ، فهذا الفضل للمشتري ، لأن البيع لا يزال قائماً بينه وبين البائع . وللمشتري بعد ذلك أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، كما أن له أن يفسخ البيع ، وذلك كله وفقاً للقواعد العامة . ونرى من ذلك أن عدم نفاذ التصرف فى حق الدائنين هنا هو تطبيق مبسط للدعوى البولصية ، فقد فرض القانون أن المشتري الذى سجل البيع بعد تسجيل التنبيه يعلم بالحجز وأنه متواطئ مع ملك العقار ، ومن ثم يكون البيع غير نافذ فى حق الدائنين كما لا ينفذ تصرف المدين الذى وقع لإضراراً بحقوق الدائنين فى الدعوى البولصية .

ويرتب على ما قدمناه أن بيع العقار المحجوز ، إذا سجل بعد تسجيل التنبيه ، ينفذ مع ذلك فى حق الدائنين (٢) فى الأحوال الآتية : (١) إذا قام المشتري قبل اليوم المحدد للبيع فى المزاد بإبداع مبلغ يكفى للوفاء بأصل الدين والفوائد والمصروفات التى للدائنين الحاجزين والدائنين المقبدة حقوقهم على العقار ، وسواء حلت ديونهم أو لم تحل ، مع إعلانهم جميعاً بالإبداع . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٦١٦ مرافعات السالفة الذكر . (٢) إذا زل الدائنون الحاجزون والدائنون المقبدة حقوقهم عن الإجراءات التى اتخذت ، بأن وجدوا مثلاً أن المشتري قد اشترى العقار بثمن لا يؤملون أن يحصلوا على أكثر منه لو بيع العقار فى المزاد . وفى هذه الحالة يستوفون حقوقهم من هذا الثمن بالاتفاق مع المشتري والبائع (٣) . (٣) إذا سقط التسجيل بأن لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بإبداع

(١) الأستاذ رمزي سيف فى قواعد تنفيذ الأحكام والعمود الرسمية فى قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٥٠ فقرة ٣٤١ وما بعدها — الأستاذ محمد كاد — مرسى فترة ٢٨٧ — فقرة ٢٨٨ .

(٢) ويبقى بطبيعة الحال قائماً فيما بين المشتري وأرباب ، دون أن يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ .

(٣) ولا يجوز للمشتري أن يجبر الدائنين على قبول الثمن الذى اشترى به العقار ، ولو كان ممن المثل أو أكله إل ثمن المثل — فهذا الإيجاب لا يكون إلا بنص كنص المادة ٢٥٨ منقذ ، بالنسبة إلى المشتري من المدين للمسر كما سئى — يجوز أن يحصل الدائنون على ثمن أكبر من ثمن المثل إذا بيع العقار فى المزاد .

تتمتع شروط البيع أو صدور أمر قاضى البيوع عند هذا الميعاد (م ٦١٥ مرافعات
السابقة الذكر) .

١٩٦ - بيع المعسر: من أهم مزايا شهر إعمار المدين عدم نفاذ
تصرفات المدين في ماله (١) . فالبيع الذى يصدر من المدين المعسر بعد تاريخ
تسجيل صحيفة دعوى الإعمار لا يسرى في حق الدائنين ، وذلك دون حاجة
إلى إثبات إعمار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعمار ، ودون حاجة إلى إثبات
سوء نية المدين أو سوء نية المشتري . وقد نصت المادة ٢٥٧ مدنى صراحة
على هذا الحكم ، إذ تقول : « متى سجلت صحيفة دعوى الإعمار ، فلا يسرى
في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه
أو يزيد في التزاماته ، كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين » .
وبلاحظ أن النص هنا لم يشترط ، ليكون البيع نافذاً في حق الدائنين ،
أن يكون مسجلاً قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعمار ، فيكفى أن يكون البيع
ثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة الدعوى لينفذ في حق الدائنين ، ولو سجل
بعد تسجيل هذه الصحيفة . وهذا بخلاف ما رأيته في البيع الصادر من المحجوز
عليه ، فإنه يجب أن يكون مسجلاً قبل تسجيل التنبية ليكون نافذاً في حق
الدائنين .

والبيع الصادر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعمار لا يكون باطلاً أو قابلاً
للإبطال ، بل هو بيع صحيح نافذ فيما بين البائع والمشتري . ولكنه لا ينفذ
في حق الدائنين ، شأنه شأن البيع الصادر من المحجوز عليه فيما قدمنا . فللدائنين
أن ينفذوا على العين البيعة ، فيرجع المشتري على المدين بضمان الاستحقاق
أو بدعوى الفسخ ، وإن كان هذا الرجوع لا يجدى إذ المفروض أن المدين
معسر . وإذا ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت في ملك المشتري ،
لأن البيع لا يزال قائماً كما قدمنا . وإذا انتهت حالة الإعمار بسبب من أسباب
انتهائه ، بقى التصرف غير نافذ في حق الدائنين ، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين
المدين والمشتري .

على أن البيع ينفذ في حق الدائنين إذا كان بضمن المثل أو أكمل إلى ثمن المثل ، وأودع الثمن كله بما في ذلك نكته ثمن المثل في خزانة المحكمة على ذمة الدائنين . وقد نصت المادة ٢٥٨ مدنى على هذا الحكم ، إذ تقول ١١ - يجوز للمدين أن يتصرف في ماله ، ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بضمن المثل ، وأن يقوم المشتري بإبداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع . ٢ - فإذا كان الثمن الذى بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير صار في حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذى اشترى به ما نقص من ثمن المثل ، (١)

٦٩ - بيع الأراضى الزراعية في قانون الإصلاح الزراعى

١٩٧ - المسائل التى يثيرها قانونه الاصلاح الزراعى بالنسبة

الى بيع الاراضى الزراعية : لا تعرض هنا الى قانون الإصلاح الزراعى (٢) إلا فى بعض المسائل الهامة التى يثيرها هذا القانون بالنسبة إلى بيع الأراضى الزراعية ، لاسيما ما كان من هذه الأحكام ذا أثر دائم . فترك الأحكام الخاصة باستيلاء الحكومة فى خلال الخمس السنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يتجاوز مائتى الفدان التى يستبقها المالك لنفسه وما يتجمع حولها من مسائل متعددة ، وترك الأحكام الخاصة بالتعويض الذى تدفعه الحكومة لملك الأراضى الزراعية فى مقابل الاستيلاء على أراضيهم ، والأحكام الخاصة بتوزيع الأراضى المستولى عليها على صغار الفلاحين وتقدير أثمانها وكيفية دفع الثمن ، والأحكام الخاصة بمجمعات التعاون الزراعى ، فكل هذه تخرج عن نطاق البحث فى عقد البيع فوق أنها أحكام تنقسم كثيراً أو قليلاً بالوقفية (٣) .

(١) ونظير هذا ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدنى فى الدعوى الوصلية من أنه إذا كان من تلقى حقاً من المدين المسمى لم يدفع منه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإبداعه خزانة المحكمة .

(٢) المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢

(٣) انظر فى ذلك أحكام الإصلاح الزراعى للأستاذ عثمان حنين عداقة . وشرح قانون الإصلاح الزراعى للأستاذ محمد على عرفة والبيع . للأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٠٤ .

ونقتصر هنا على بحث المسألتين الآتيتين ، وهما ذاتا صفة دائمة وتدخلاق
فى نطاق عقد البيع : (١) القاعدة الأساسية التى وضعها قانون الإصلاح الزراعى
من عدم جواز امتلاك الشخص لأكثر من مائتى فدان ، وبطلان كس عقد
يخالف هذا الحكم . (٢) الحد من تجزئة الأراضى الزراعية (١) .

١٩٨ - محرم جواز نزالك أكثر من مائتى فدان : تنص المادة الأولى
من قانون الإصلاح الزراعى على أنه لا يجوز لأى شخص أن يمتلك من الأراضى
الزراعية أكثر من مائتى فدان وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر
باطلا ولا يجوز تسجيله (٢) . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه يعاقب
بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى ، فضلا

(١) أما تحديد ثلاثة متاجر الأرض الزراعية بمالكها وحقوق العامل الزراعى ، فهذه أحكام
دائمة من حيثها ، ولكلها لا تدخل فى نطاق عقد البيع ، ومكان بحثها هو عقد الإيجار
وعقد العمل .

(٢) وتنص المادة الثانية على ما يأتى : « استثناء من حكم المادة (١) يجوز
لشركات والجمعيات أن تحت أكثر من مائتى فدان من الأراضى التى تستصلحها لبيها ، وذلك
على الوجه المبين فى القوانين والتراتج . (ب) ويجوز للأفراد أن يمتلكوا أكثر من مائتى فدان
من الأراضى البور والأراضى الصحراوية لاستصلاحها . ولا يسرى على هذه الأراضى حكم
المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك ، هذا مع عدم الإخلال بجواز
التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة . (ج) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا
القانون أن تحتك مقداراً من الأراضى الزراعية يكون ضرورياً للاستغلال الصناعى ولو زاد
على مائتى فدان . (د) ويجوز للجمعيات الزراعية الطلية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن
تحتك مقداراً من الأراضى الزراعية يكون ضرورياً لتحقيق أغراضها ولو زاد على مائتى فدان .
(هـ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تحتك من الأراضى الزراعية
ما يزيد على مائتى فدان على ألا تتجاوز ما كانت تمتلكه قبل صدوره . ويجوز لها التصرف
فى القدر الزائد على مائتى فدان وفقاً لأحكام المادة ٤ ، ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة
الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدى إليها التعويض نقداً على أساس حكم
المادة ٤ . (و) ويجوز أيضاً للدائن أن تحتك أكثر من مائتى فدان إن كان سبب الزيادة هو نزوح
سلكية مدينه وهو المزداد على الدائن طبقاً لقاعدة ٦٦٤ من قانون المرافعات ، ويجوز للحكومة
بعد عشرة سنة من تاريخ وهو المزداد أن تستولى على الأطنان الزائدة على مائتى فدان بالتمسك
بها به المزداد أو نظير التعويض المحدد فى المادة ٥ أيضاً أقل . وإل أن تستولى الحكومة على
الزيادة يجوز للدائن أن يتصرف فيها دون تقييد بشروط المادة ٤ . وكذلك يستثنى الوقت » .

من مصادرة ثمن الأراضي الواجب الاستيلاء عليها . ويعاقب أيضاً بالحبس كل من يعتمد من مالكي الأراضي التي يتناوذاً حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها ، بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها (١) .

وبمخلص من هذه النصوص أنه لا يجوز لشخص أن يملك من أراضي مصر الزراعية أكثر من مائتي فدان أياً كانت درجة جودتها ، فالعبرة بعدد الأطنان لا بتربتها . فإذا كان شخص يملك - يوم نفاذ القانون وهو يوم ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ بل وقبل ذلك إلى يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ إذ أنه لا يعتد بتصرفات المالك التي لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ يولية سنة ١٩٥٢ (م ٣) - أكثر من مائتي فدان ، استولت الحكومة على ملكية ما يجاوز مائتي الفدان التي يستقيها المالك لنفسه (م ٣) . وبعد ذلك لا يجوز للشخص ، وقد أصبح لا يملك أكثر من مائتي فدان ، أن يكسب بأى سبب من أسباب كسب الملكية أى أرض زراعية فوق مائتي الفدان إذا كان يملك هذا المقدار ، أو أى أرض زراعية تجعل ما يملكه أكثر من مائتي فدان إذا كان يملك أقل من هذا المقدار .

وهو يكسب من الأراضي الزراعية ما يزيد على النصاب إما بسبب إرادى من جهته وذلك بالعقد أو بالشفعة ، وإما بسبب غير إرادى من جهته أو بواقعة مادية وذلك بالميراث والوصية والتقادم .

١٩٩ - التملك بالميراث والوصية والتقادم : فإذا كان الشخص

يملك مائتي فدان أو أقل ، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم ، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائتي فدان ، صح التملك ،

(١) ومن أهم أسئلة التعليق أن يثنى المالك ما يملكه من أطنان تزيد على القدر المسوح باستلاكه : كأن يقدم إقراراً غير صحيح بما يملك ، أو كأن يصطنع عقوداً صورية يسمى من ورائها إلى التهرب من أحكام القانون . ومتى تكشفت الحقيقة استولت الحكومة على ما كان يجب الاستيلاء عليه من الأراضي الزراعية مع مصادرة ثمن هذه الأطنان فلا يدفع شيء للمالك ، ويعاقب هذا فضلاً عن ذلك بالحبس . وقد يعمد بعض الملاك إلى إفساد الأرض التي تستول عليها الحكومة ، فيخربها بالخط من معدنها أو باضماف تربتها أو باتلاف ملحقاتها من حطب ومبانٍ وزرايب ونحو ذلك حتى يفوت حل من يملكها من بعده كمال الانتفاع بها ، فهذا أيضاً يعاقب بالحبس .

لأنه تم إما بتصرف قانوني لاجعلنى بارادة المالك وهذه هي الوصية ، وإما بواقعة مادية لا تصرف قانوني وهذا هو الميراث أو التقادم . ولكن تستولى الحكومة ، بعد أن أصبح الشخص يملك أكثر من مائتى فدان ، على مايزيد على هذا المقدار بالطرق والإجراءات التى نص عليها قانون الإصلاح الزراعى . وقد نصت المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن « كل شخص أصبحت مساحة الأقطان التى يملكها أو يضع اليد عليها تزيد على مائتى فدان بأى سبب ، كالميراث أو الوصية أو القسمة أو غير ذلك ، يلزم بتقديم الإقرار سالف الذكر (وهو إقرار يمهد للاستيلاء على مايجاور مائتى الفدان) خلال شهرين من علمه بقيام سبب الملكية » (١) .

٢٠٠ - **التملك بالعقر** : أما إذا تملك الشخص بالعقد - والغالب أن يكون عقد بيع ولكن قد يكون عقداً آخر كالمقايضة (٢) والهبة - ما يجعل الاراضى الزراعية التى يملكها أكثر من مائتى فدان ، فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً ولا يجوز لمصلحة الشهر أن تسجله ، كما هو صريح نص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعى إذ تقول : « وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً ، ولا يجوز تسجيله » .

ولا عبرة فى بطلان العقد بحسن نية البائع أو المشتري أو بسوء نيته ، فقد يكون أحدهم أو كلاهما حسن النية ويكون العقد مع ذلك باطلاً . على أن حسن نية المشتري هذا لا يمكن إلا أن يكون مقترناً بالإهمال ، فالمشتري مفروض فيه أنه يعرف مقدار ما يملك فاداً جهل ذلك كان هذا نقصيراً منه .

(١) وقد يقال إن الوصية لا تنفذ فى حق الورثة فيما يجاوز مائتى الفدان ، قياساً على عدم نفاذها فيما يجاوز ثلث التركة . ولكن هذا الحل يخالف النص الصريح الوارد فى المادة ٣ من اللائحة التنفيذية كما رأينا ، فوق أنه ينقص الوصية المستحقة للموصى له دون سبب تقرره الشريعة الإسلامية . فيجب إذن أن يؤول إلى الموصى له جميع المقدار الموصى به مادام لا يجاوز ثلث التركة ، وبعد ذلك تستولى الحكومة فى مقابل تعويض يستحقه الموصى له على ما يزيد على مائتى الفدان . وبذلك يتحول الزائد من الوصية لمصلحة الموصى له كما هو الواجب ، لا لمصلحة الورثة .

(٢) ن. ب. يس بدار مثلاً على أرض زراعية ، أو يقايض بقطعة أرض زراعية على قطعة أرض زراعية أكبر منها .

وبستوى في بطلان العقد أن يكون الشخص مالكا قبل العقد مائتي فدان فيكون ما يملكه بالعقد مقدارا زائداً على النصاب الجائز تملكه ، كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائتي فدان ، أو أن يكون الشخص مالكا قبل العقد أقل من مائتي فدان ولكنه كسب بالعقد ما جعل مجموع ما يملكه أكثر من مائتي فدان ، كما لو اشترى أربعين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائة وعشرين . وفي الحالة الثانية يكون البيع باطلا في الأربعين فدانا كلها ، لا فيما يجاوز مائتي فدان فحسب وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة ، فهو يقول : « كل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلا » ، ولأن الصفقة لا تتحزأ فلا يمكن جعلها صحيحة في عشرين فدانا في الشروع وباطلة في العشرين الأخرى وقد يتضرر من تجزئتها البائع أو المشتري .

والعقد الذي يعتبر باطلا هو العقد الذي يصدر في تاريخ غير سابق على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ تاريخ نفاذ قانون الإصلاح الزراعي ، أو العقد غير الثابت التاريخ . أما العقود الثابتة التاريخ السابقة على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ فانها تكون صحيحة ويجوز تسجيلها ، إذ ليس لقانون الإصلاح الزراعي في هذه المسألة أثر رجعي (١) . فان كان من شأنها أن تجعل المالك يجاوز حد النصاب الجائز تملكه ، استولت الحكومة على ما يجاوز هذا الحد .

٢٠١ - التملك بالشفعة : ويبدو أن الشفعة تقاس على البيع فلا يجوز لشخص ان ياخذ بالشفعة أرضاً زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وهو لا يستطيع أن يحضى بالشفعة بحيث يقتصر على الأخذ بالشفعة فيما لا يجعله يجاوز مائتي الفدان ، لأن تجزئة الصفقة غير جائزة في الشفعة . والشفعة تنطوي على واقعة مادية وتصرف قانوني ، وهذا التصرف القانوني - وهو إرادة الأخذ بالشفعة - سبب يتعلق بإرادة المالك ، فشأنه شأن البيع في عدم جواز التملك به لما يجاوز النصاب (٢) .

(١) الأستاذ عثمان حسين عبد الله في أحكام الإصلاح الزراعي ص ١١ .

(٢) أما الصلح فله شأن آخر ، فهو كاشف عن الملكية لا منشئ لها . فإذا صالح شخص آخر ، وكان من نتيجة هذا الصلح مثلا أن أعطى الطرف الآخر داراً وأخذ منه عشرين فدانا =

٢٠٢ - المهر من تجزئة الأراضي الزراعية : تنص المادة ٢٣ من قانون

الزراعى على أنه « إذا وقع ما يؤدى إلى تجزئة الأراضي الزراعية إلى خمس أفدنة ، سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية ، وجب على ذوى الشأن أن ينفقوا على من تؤول إليه ملكية الأرض منهم . فإذا تعذر الانفاق ، رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها أكثر العقارات قيمة ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة ، للفصل فيما يؤول إليه الأرض . فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بباقي الأنصبه ، قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزايدة . وتفصل المحكمة في الطلب بغير رسوم » . وتنص المادة ٢٤ على أن « تفصل المحكمة الجزئية ، في أولولة الأرض غير القائمة للتجزئة ، من يحترف الزراعة من ذوى الشأن ، فإن تساوا في هذه الصفة اقترح بينهم . على أنه إذا كان سبب كسب الملكية الميراث ، فصل من يشتغل بالزراعة من الورثة ، فإن تساوا في هذه السفة قدم الزوج فالولد ، فإذا تعدد الأولاد اقترح بينهم » (١) .

والمفروض أن من يملك خمسة أفدنة أو أقل أو أكثر ، وباع جزءاً منها أو فايض عليه أو وجه بحيث أصبح لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة ، وأصبح المشتري أو المقايض الآخر أو الموهوب له لا يملك هو أيضاً إلا أقل من خمسة أفدنة ، أو ورث المالك لسبعة أفدنة مثلاً عدد من الورثة بحيث أصبح نصيب كل منهم أقل من خمسة أفدنة ، أو أوصى المالك لسبعة أفدنة مثلاً بفدانين لشخص

= فزاد بذلك مجموع ما يملكه على مائتي فدان ، فإن أثر الصلاح الكاشف يجعله مالكا للخسين الفدان منذ البداية ثم تستول الحكومة بعد ذلك على ما يجاوز النصاب .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « إذا كانت الملكيات الكبيرة جداً غير مرعوب فيها ، فذلك الملكيات الصغيرة جداً : فهي تهبط بإنتاج الأرض ، ونحرم أصحابها من مستوى المعيشة اللائق بالإنسان . ولذلك عالجنا المادتين ٢٣ و ٢٤ (الباب الثالث) مسألة تفهيت الملكية دوماً لازدياد حصوله في المستقبل بسبب تزايد عدد السكان وتقسيم الأرض بالإرث وغيره من أسباب كسب الملكية . ولما كان قد رؤى أن أصغر ملكية لا ينبغي أن تقل في المستقبل عن خمسة أفدنة ، فقد نص على أنه إذا وقع ما يؤدى إلى تجزئة الملكية إلى أقل من هذا القدر ، وجبت أولولة الأرض إلى واحد من لم نصيب فيها ، مع تفصيل من يشتغل منهم بالزراعة ، فإذا لم يستطع أيهم الوفاء بشئها بيعت بالمزاد العلني » .

وترك الباقي لعدد من الورثة بحيث أصبح كل من الموصى له والورثة لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة ، ففى كل هذه الصور تجزأت الأرض الزراعية إلى أجزاء يقل كل منها عن خمسة أفدنة .

فيجب فى هذه الحالة أن تتركز الأرض فى يد أحد هؤلاء الملاك بمن يقدر على دفع ثمن مالا يملكه ، ويكون الاختيار بانفاق الجميع . فإذا لم يتفقوا ، جاز لأحد هؤلاء الملاك أو للنيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر العقارات قيمة ، لتختار من بين الملاك من تؤول إليه الأرض ويكون قادراً على دفع ثمن مالا يملك . فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بثمن باقى الأنصبة ، يبعث الأرض كلها بالمراد لتكون فى يد واحدة ولا تنجز ملكية الأرض الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة ، ويقسم الثمن على الملاك كل بقدر حصته . وعند اختيار المحكمة للمالك الذى تؤول إليه ملكية الأرض على النحو الذى أسلفناه ويتعدد الراغبون ، تفضل المحكمة من يحترف الزراعة فان تعدد هؤلاء اقترعت بينهم . وإذا كان سبب التجزئة الميراث ، فضلت المحكمة من الورثة من يحترف الزراعة ، فان تساوا كلهم أو بعضهم فى هذه الحصة ، فضل الزوج ، ثم الولد ، فان تعدد الأولاد اقترعت بينهم .

وغنى عن البيان أن من يملك أرضاً زراعية قبل يوم ١ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، وكان ما يملك أقل من خمسة أفدنة ، يبقى مالكا للأرض بهذا المقدار . فإذا جد سبب للتجزئة ، ابتداء من يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، وجب إعمال القواعد المتقدمة الذكر .

المبحث الثانى

الثنى

٢٠٣ - الشروط الواجب توافرها فى الثمن : يجب أن يتوافر فى الثمن

الشروط الآتية .

أولاً - أن يكون نقوداً .

ثانياً - أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير .

ثالثاً - أن يكون جديداً .

المطلب الأول

ب أن يكون الثمن نقوداً

٢٠٤ - تميز البيع عن المقايضة بالثمن النقدي : يتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين في البيع يجب أن يكون نقوداً وهو الثمن ، فإذا كان الثمن غير نقود فالتعد مقايضة .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من المرسوم مهيدي تنص صراحة على هذا الشرط في البيع ، فكانت تقضي بأنه « يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، لأنها مستفادة من تعريف البيع (١) . وقد عرف البيع فعلاً ، في المادة ٤١٨ مدني كما رأينا ، بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » .

ولا يغني عن النقود شيء آخر في الثمن . حتى لو كان هذا الشيء الآخر من المثليات ، وحتى لو كان له سعر نقدي معروف في البورصة أو في الأسواق ، فتعين الثمن غللاً أو أقطاناً مسعراً في البورصة لا يجعل العقد بيعاً ، لأن الغلال وإن سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع إلى سعرها في البورصة لا تزال غير نقود ، فالتعد يكون مقايضة (٢) . بل تعيين الثمن أسهما أو سندات ، وهي عادة معروفة السعر في البورصة ، أو تعيينه مبالغ ذهبية ، لا يجعل العقد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٠ - ص ٣١ - وانظر ما يلى فقرة ٢٠٦ من الماشر .

(٢) فلو أن شخصاً نقل إلى شخص آخر ملكية شيء لقاء خدمة يؤديها الشخص الآخر له ، لم يكن العقد بيعاً ، بل يكون عقداً غير مسمى (بلانيرول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٥) .

(٣) جيوار ١ فقرة ٩٢ - هيك ١٠ فقرة ٣٤ - بودرى وسينيا فقرة ١٢٨ - بيدان ١١ فقرة ١١٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣١ - عكس ذلك : ديرانتون ١٦ فقرة ١٢٩ - ماركاديه ١٠٩١ .

بيعاً ، بل يكون العقد مقايضة كذلك (١) .

وإذا كان الثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود ، نظر إلى العنصر الغالب . فان كان هو النقود . كان العقد بيعاً . وإن كان هو البديل غير النقود ، كان العقد مقايضة . وعند الشك يكون العقد مزدوجاً ، فهو بيع في حدود الثمن النقدي ، ومقايضة في حدود البديل غير النقدي . فإذا اشترى شخص سيارة جديدة بألف . سائة ومع هذا المبلغ بارة قديمة كانت عند المشتري قومت بثلاثمائة ، كان العنصر الغالب هنا هو الثمن النقدي ، فالعقد بيع . وإذا أعطى شخص داراً في مقابل عشرين فداً ومعها ثلاثمائة ، كان العنصر الغالب هو البديل غير النقدي ، فالعقد مقايضة والثلاثمائة معدل لها (soulte) . أما إذا أعطى شخص داراً في مقابل خمسة فدادين ومئتي ألف ، فالعقد مزدوج ، بيع في حدود الألف ومقايضة في حدود خمسة الفدادين (٢) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٦ - الأستاذ محمد كامل مرقس فقرة ٩٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ١١٠ - الأستاذ منصور مصطن منصور فقرة ١٥ .

ولكن إذا حدد الثمن نقوداً فالعقد بيع ، حتى لو اشترط أن يدفع الثمن أسهماً أو أنطناً أو نحو ذلك بصرها في البورصة ، فيكون المشتري قد باع بالثمن الذي في ذمته الأسهم أو الأنطنان المشتركة (أوبري ورو . فقرة ٣٤٩ هامش رقم ٢٤) - كذلك يكون العقد بيعاً إذا حدد الثمن نقوداً ثم حول المشتري للبائع حقاً له من النقود في ذمة أجنبي ، أو استوفى المشتري حقاً له في ذمة البائع نفسه بمقابل هو الثمن الذي في ذمته (أنسيكلوبيدي دالوز . لفظ vente فقرة ٤٤٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرقس فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٣٤) .

أما في الفقه الإسلامي فالبيع أوسع نطاقاً ، إذ أن له صوراً أربعة : (١) مبادلة عين بدين وهذا هو البيع المطلق (٢) مبادلة عين بدين وهذه هي المقايضة (٣) مبادلة دين بدين وهذا هو السلم (٤) مبادلة دين بدين وهذا هو الصرف .

(٢) أنسيكلوبيدي دالوز . لفظ vente فقرة ٤٤١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرقس فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٩ - الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٤٤ : ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٥١ - الأستاذ منصور مصطن منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زرك فقرة ١٠٠ =

٢٠٥ - يصح أنه يكون الثمن إبراداً مؤبداً أو مدى الحياة، ويمكن أن يكون الثمن نقوداً، وليس من الضروري أن يكون رأس مال. فقد يكون الثمن إبراداً دائماً أو إبراداً مرتباً مدى الحياة، ما دام هذا الإبراد نقوداً (١).

فيصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مقداراً معيناً من النقود، وأن يضاف في الوقت ذاته وفي نفس عقد البيع على تحويل هذا المقدار إلى إبراد مؤبد (rente perpétuelle) أو إلى إبراد مرتب للبائع مدى حياته (rente viagère). كما يصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن رأساً إبراداً مؤبداً أو إبراداً مرتباً مدى حياة البائع. ففي الحالتين لا يكون الإبراد المؤبد أو الإبراد المرتب مدى الحياة عقداً مستقلاً، وإنما يكون ركناً في عقد البيع هو الثمن (٢).

= وانظر أيضاً المادة ٨٣ مدني - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للسادة ٨٥ مدني، وتشير المذكرة إلى المادة ٨٣ مدني وهي تجوز أن يكون من المقايضة معدل من النقود كمعدل النسبة، ثم تقول: «على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً» (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٢٣٨).

(١) وصفة الاحتمالية، فيما إذا كان الثمن إبراداً مرتباً مدى الحياة، إنما تثبت لمقدار الثمن لا للثمن في ذاته (دري باج ٤ مقالة ٣٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فترة ٩٥ ص ١٧٣). (٢) وإذا كان الثمن إبراداً مؤبداً وأريد استبداله، فإن كان هناك ثمن قدر في عقد البيع وحول في العقد نفسه إلى إبراد مؤبد، كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذي كان قد قدر أولاً في عقد البيع، إلا إذا اتفق على مبلغ أقل، أما إذا كان الشبايمان قد اتفقا على أن يكون الثمن رأساً إبراداً مؤبداً، فرأس المال الواجب الرد يكون مبلغاً من النقود فائدته محسوبة بالسعر المتفاوت مساوية للإبراد. وهذا الحكم مستفاد من المادة ٥٤٨ مدني وتنص على ما يأتي: «إذا رتب السجل مقابل مبيع من النقود، ثم الاستبدال ببرد المبلغ بتمامه، أو ببرد مبلغ أقل منه إذا سبق على ذلك، ٢ - وفي الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر المتفاوت مساوية للدخل». وانظر في هذا المعنى بودري وسيشيا فترة ١٢٨ مكررة.

وينبغي بعض الفقهاء إلى أنه إذا كان الثمن رأساً إبراداً مؤبداً أو إبراداً مؤبداً، فإنه يشتمل لا في أنساق الإبراد بل في حق الإبراد ذاته، ومن ثم يكون العقد مقايضة (بيدان ١١ فترة ١١٣ - الأستاذ سليمان مرسى فترة ٨٧). ولكن هذا الرأي لم يصد في الفقه ولا في القضاء، ولم يحذبه المشرع المصري (أنظر المادتين ٥٤٥ و ٧٤١ مدني - وانظر الأستاذ أنور سلطان فترة ١٣٥ - الأستاذ جميل الشرفاوي فترة ١١٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فترة ١٥).

وسنبحث الإبراد الموزيد والإبراد المرتب مدى الحياة في مكان آخر ، ويمكن أن نشير هنا إلى أن المادة ٧٤٣ ملغى تقضى بأن عقد البيع الذي يكون الثمن فيه إبراداً مرتباً مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً . فالكتابة هنا ركن شكلي في البيع .

ولا يعتبر إبراداً نقدياً مرتباً مدى الحياة ، ومن ثم لا يصح أن يكون ثمناً ، أن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه داراً مثلاً في مقابل أن الآخر يعول الأول فيقوله له المسكن والطعام والكسوة وما إلى ذلك من النفقة (bail à nourriture) . ذلك أن التزام الآخر بأن يعول الأول ليس محله نقوداً وإن أمكن تقديره بمبلغ من النقود ، وإنما هو التزام بعمل . بل إن العقد لا يكون هنا مقايضة ، لأن التزام كل من المتقاضين يجب أن يكون التزاماً بنقل ملكية أو حق عيني ، والالتزام هنا كما قدمنا التزام بعمل . فالعقد إذن ليس بيعاً ولا مقايضة ، وإنما هو عقد معاوضة غير مسمى ، يلتزم به أحد المتعاقدين بأن يعول المتعاقد الآخر في مقابل عوض يأخذه منه (١)

المطلب الثاني

يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

٢٠٦- النصوص القانونية : تنص المادة ٤٢٣ من التفنين المدني على ما يأتي .

١٥- يجب أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فما بعد .

(١) لوران ٢٤ فقرة ٦٨ - جيوار ١ - فقرة ٩٥ هيك ١٠ فقرة ٣٤ - أوربي ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هاش ٢٣ - بودري وسبينا فقرة ١٢٨ ص ١٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباق فقرة ٥٨ - الأستاذ جيل الشرفاوي ص ١١٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٤ .

٢٥ - وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب ، عند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية .

وتنص المادة ٤٢٤ على ما يأتي :

« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويّا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما (١) » .

وليس لهذه النصوص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لانفاقها مع القواعد العامة (٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٩١ - ٣٩٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٢٣ : ورد هذا النص في المادة ١٣٥ من المشروع التمهيدى ، وكان المشروع يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى : « يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد » . فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من تعريف البيع الوارد في المادة ١٨ مدنى ، وأدخلت تعديلات لفظية طفيفة على ما بقى من النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٣٦ ؛ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠ - ص ٣١) .

م ٤٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٣٧ في المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢ - ص ٣٤) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادتين ٤٢٣ ، و٤٢٤ مدنى : « هذان نصان لا نظير لهما في التقنين اأخالى وهما وإن كان حكمهما يمكن استفادته من القواعد العامة ، يعالجان مسائل عملية يجدر أن تكون لها حلول تشريعية ، أنظر التقنين الألمانى م ٥٥٣ وتقتين الالتزامات السويسرى م ٢١٢ فترة أولى والتقتين البولونى م ٢٩٦ والتقتين البرازيلى م ١١٢٤ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢) .

٤١٢ - ٤١٣ - وفي التفتين المدني العراقي المواد ٥٢٦ - ٥٢٩ - وفي تفتين
المرجبات والعقود للسائق المادة ٣٨٦ (١) .

٢٠٧ - تقرير الثمن أو قابليته للتقرير يجب أنه يكون بانفصال
بين المتبايعين : ولما كان الثمن هو أحد محل البيع ، فيجب ، كما هو الأمر
في كل محل للالتزام ، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين . وتعين الثمن أو قابليته

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٢٩١ - ٢٩٢ (مطابقتان
لمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التفتين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ
مصطفى الزرقا فقرة ٦٧ - فقرة ٧٩)
التفتين المدني الليبي م ٤١٢ - ٤١٣ (مطابقتان لمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التفتين المدني
المصري) .

التفتين المدني العراقي م ٥٢٦ : ١ - الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة . ٢ - ويلزم
أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً تاماً للجهة الفاحشة .
م ٥٢٧ : ١ - في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد ، ويجوز أن يقتصر
التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد .

٢ - (هذه الفقرة مطابقة لفقرة ثانية من المادة ٤٢٣ من التفتين المدني المصري) .
م ٥٢٨ : (مطابقة لقاعدة ٤٢ : من التفتين المدني المصري) .
م ٥٢٩ : ١ - زيادة المشتري في الثمن وتزويل البائع من الثمن أو زيادته في المبيع بعد العقد
يصح ، وتلتحق الزيادة والتزويل بأصل العقد . ٢ - وما زاد المشتري في الثمن يعتبر في حق
العاقدين لا في حق الشفع ، وما حله البائع من الثمن يجعل الباقي بعد الخط مقابلاً لكل المبيع حتى
في حق الشفع ، وما زاده البائع في المبيع يكون له حصة من الثمن . ٣ - وللعاق أن يحط جميع
الثمن قبل القبض ، ولكن لا يُلحق هذا الخط بأصل العقد . فلزاً براء البائع المشتري من جميع
الثمن وأخذ الشفع المبيع ، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى . [وهذا النص لا نظير له في التفتين
المدني المصري ، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي ، ويتفق مع القواعد العامة] .

[ويلاحظ أن التفتين المدني العراقي أخذ في البيع بالمعنى الواسع الذي أخذ به الفقه الإسلامي ،
فأصبحت المناقضة فيه نوعاً من أنواع البيع ، أما البيع بشئ نقدي فبهاء البيع المطلق : م ٥٢٧
عراق - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١١١ - فقرة ١٢٣ -
الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٩٢]

تفتين الموجبات والعقود للسائق م ٣٨٦ : يجب أن يعين المتعاقدون ثمن المبيع - ويجوز أن
يفرض تعيين الثمن إن شخص ثالث ، وفي هذه الحالة إذا امتنع أو عجز الشخص الثالث عن
تقدير الثمن فلا ينقذ البيع . [ولا فرق في هذه الأحكام بين التفتين السائق والسائق المصري] .

(م : ٢٠ - الوسيط ج : ٤)

للتعيين يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتبايعين ، فلا يستقل به أحدهما دون الآخر . لا يستقل به البائع ، لأنه قد يشترط فيجب المشتري . ولا يستقل به المشتري ، لأنه قد يبخر الثمن فيجب البائع (١) . فلا بد إذن أن يكون تعيين الثمن أو قابليته للتعيين متفقاً عليه بين المتبايعين (٢) . ولا يكفي في ذلك أن يبيع البائع الشيء بما يساويه من القيمة أو بثمان عادل ، لأن هذه القيمة أو هذا الثمن العادل هو الذي يجب أن يكون محل اتفاق بين المتبايعين ، والبيع على هذا النحو يكون باطلاً لعدم تقدير الثمن (٣) . ولكن ليس من الضروري أن تكون القيمة مقدرة فعلاً باتفاق المتعاقدين ، بل يكفي أن تكون قابلة للتقدير باتفاقهما ، كأثر متفقاً على أجنبي لتقدير الثمن (٤) وصيأتي بيان ذلك .

(١) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا ترك تحديد الثمن لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون الثمن عادلاً ، جاز أن يكون هذا ، تبعاً للظروف ، تحديداً كافياً . فإذا حدد المتعقد ثمناً غير عادل ، أو استع عن التحديد ، أو أيضاً فيه ، جاز للمتعاقد الآخر رفع الأمر للقضاء لتحديد الثمن العادل (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ ص ١٢٨) . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن ما اتفق عليه المتعاقدان ليس في الواقع من الأمر إلا أن يكون الثمن عادلاً ، ولا يكفي في تحديد الثمن ، كما سنرى ، بأن يقتصر المتعاقدان على التبايع بثمان عادل (الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ٢٩ - وقارب الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧) .

(٢) على أن مقدار الثمن قد يكون مفروضاً على البائع ، كما في حالة التسهل الجبري وفي حالة تسخير المرافق العامة كمياه والغاز والنور وفي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة . وقد يشترط البائع بالجملة على البائع « بالقطاعي » سراً معيناً يبيع به ولا يزيد عليه حتى تروج السلعة ، ويمكن القول في هذه الحالة إن البائع بالجملة قد اشترط لمصلحة المستهلك ، ولهذا أن يطالب البائع « بالندى » أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين (قارب : بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٣٧٩ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٨٥ - بيدان ١١ فقرة ١١٥ - أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٧٠٨ - فقرة ٧٠٩) . وانظر في أن السعر الإلزامي للعملة له تأثير في فرض الثمن أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٦٧٤ - فقرة ٦٩٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥١ - الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ٣٣ .

(٣) أوبري ورو ه فقرة ٣٤٩ ص ١٨ - بودري وسينا فقرة ١٣٢ ص ١٣٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦ ص ٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١١٢ .

(٤) ولا يكون بيعاً المقدر الذي جعل فيه الثمن هو المقدار الذي يمرضه أجنبي على صاحب السلعة ، بل يكون هذا شرط تفضيل *pacte de préférence* يشترط فيه شخص على صاحب السلعة تفضيله على أجنبي يمرض في السلعة ثمناً يرتفعه صاحبها ، فيلزم هذا الأخير بتفضيل =

٢٠٨ - قابلية الثمن للتقدير . الأسس التي يقوم عليها التقدير .
وليس من الضروري أن يكون الثمن مقدراً ، بل يكفي كما قدمنا أن يكون قابلاً للتقدير ، مادامت الأسس التي يقوم عليها تقديره متفقاً عليها بين المتبايعين (١) .

ويمكن تصور أسس مختلفة يقوم عليها تقدير الثمن . ذكرها المشرع اثنين في المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدني السالفي الذكر ، ونضيف إليهما اثنين آخرين ، فنستعرض الأسس الأربعة الآتية : (١) أن يكون أساس تقدير الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع المبيع . (٢) أن يكون الأساس هو سعر السوق . (٣) أن يكون الأساس هو السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتبايعين . (٤) أن يترك التقدير لأحسنى يتفق عليه المتعاقدان .

٢٠٩ - أساس التقدير الثمن الذي اشترى به البائع - المراجعة

والثروة الاشتراك والرضية : قد يتفق المتبايعان على أن يكون الأساس الذي يقوم عليه تقدير الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع . فيشترى المشتري بمثل ما اشترى البائع أو بأكثر أو بأقل (٢) . وفي هذه الحالة يكون الثمن الذي اشترى به البائع المبيع أمراً جوهرياً لا بد من التثبت منه حتى يقدر على أساسه الثمن الذي اشترى به المشتري المبيع من البائع . وعلى البائع أن يبين هذا الثمن ، وللمشتري

= الأول على الأجنبي في بيع السلعة له بالثمن الذي يعرضه الأحسن (مودري ، سبينا
فقرة ١٢٣٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٢) .
واشترط تعديل الثمن تبعاً لطاريء معين جائز ، ولكن إذا اتفق المتعاقدان على تحديد الثمن
في تاريخ قال لم يتفق البيع إلا عند تحديد الثمن (دي باج ٤ فقرة ٢٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى
فقرة ١٠٢ ص ١٧٧ - ١٧٨) .

(١) بيدان ١١ فقرة ١١٥ - بلانيول وريبير وبولاجيه ٢ فقرة ٢٣٨٩ - كولان
وكابيتان ٢ فقرة ٨٧١ - جوران ٢ فقرة ١٠٢٤ .

(٢) أو يجوز أن يكون الثمن هو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين ، أو ثمن الزائمان
التي باع بها التاجر في وقت معين أو على أساس التسعيرة الرسمية (الأستاذ سليم ، ص ٨٩
فقرة ٨٩ ص ١٢٧) .

أن ثبت أن الثمن الذى بينه البائع يزيد على الثمن الحقيقى وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومن بينها البينة والقرائن (١) .

ولهذه الصور من البيع مكان خاص فى الفقه الإسلامى ، ويطلق عليها فيه « بيعات الأمانة » ، وتشتمل على ١ - أربع هي : بيع المراجعة وبيع التولية وبيع الإشراف وبيع الوضعية . وقد أخذها عن الفقه الإسلامى التقنين المدنى العراقى ، فنصت المادة ٥٣٠ من هذا التقنين على أنه ١ - يجوز البيع مراجعة أو تولية أو إشرافاً أو وضعية . ٢ - والمراجعة بيع بمثل الثمن الأول الذى اشترى به البائع من زيادة ربح معلوم ، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، والإشراف تولية بعض المبيع ببعض الثمن ، والوضعية بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه . ٣ - ويلزم فى هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرزاً عن الحياة والتهمة .

وقد كتبنا عن هذه البياعات فى الفقه الإسلامى ما يأتى (٢) : « حدد الفقه الإسلامى منطقة حراماً يفرض فيها على الناس الأمانة فى التعامل إلى أبعد مدى ، ولا يسمح فيها بأى غش ، حتى لجعل مجرد الكذب فيها خيانة وقد لبساً . وهذه هي ما تسمى ببياعات الأمانة . فيفسح فيها الفقه الإسلامى السبيل لمن قلت خبرته فى التعامل ، أو فى ضرب يقوم عليه من ضرره ، ان يتوقى غش الناس إياه ، بأن يتبايع معهم على حدود مرسومة ، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريباً .. وحيلة القول فى بيعات الأمانة هذه أن المبتاع ، وهو يحتكم إلى ضمير البائع وبطمئن إلى أمانته ، يتبايع منه السلعة على أساس الثمن الذى اشترى به البائع نفسه هذه السلعة . فاما أن يزيد فيها قدرأ معلوماً من الربح يضاف إلى الثمن الأصلى ، ويسمى البيع مراجعة . وإما أن ينقصه قدرأ معلوماً بطرح من الثمن الأصلى ويحمل البائع فيه الخسارة ، ويسمى البيع وضعية . وإما ألا يزيد ولا ينقص ، بل يشترى السلعة بمثل ثمنها الأصلى ويسمى البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة ، أو

(١) ذلك أنه يثبت واقعة مادية ، إذ شراء البائع للمبيع بشئ معين يعتبر بالنسبة إلى المشتري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، فضلاً عن أن اتبيان الصادر من البائع بشئ أعلى من الثمن الحقيقى ينطوى على غش والنش يثبت بجميع الطرق .

(٢) أنظر مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للمؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ .

إشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن ... ولا يكتفى من البائع ببيان
مجمّل عن الثمن ، بل يجب عليه أن يبين ما أحاطه الثمن من ملابسات وما اقترن
به من أوصاف . فبين إن كان الثمن معجلاً أو نسيئة ، مؤجلاً أو منقسطاً . ثم
يبين إن كان قد دفع هذا الثمن نقداً أو بدلين له على بائعه ، وإن كان بدلين فهل
دفعه عن طريق الماكسة والمساومة أو على سبيل الصلح . ثم يذكر إن كانت
السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها أو هي تبعت ، وما إذا كان العيب
حادثاً بفعل منه أو بفعل الغير أو قضاء وقدر . كل هذه أوصاف وملابسات
تؤثر في رضا المشتري بالصفقة ، والكذب فيها أو الانقاص منها يجعل البيع
مشوباً بامتناع والتدليس .

وغنى عن البيان أن الأمر في القانون المصري يتوقف على نية المتريدين . ومن
قصدا التأسيس على الثمن الأول بكل ما أحاطه من ملابسات على النحو المتقدم
الذكر ، وجب الاعتداد بهذه الملابسات ، ويترتب على ذلك أن البائع إذا كتم
شيئاً منها كان هذا تدليساً وجاز إبطال البيع (١) . وإن قصداً مجرد التأسيس على
الثمن الأول دون نظر إلى هذه الملابسات ، وجب على المشتري قبول المبيع بمرسته
التي اشتراها بها وأن يدفع الثمن الأول أو أقل أو أكثر حسب الاتفاق . فإن دفع
للبيع ثمناً أكثر مما ارتضاه ، سواء كان ذلك بفشل من البائع أو بدون عيش
منه ، كان له أن يرجع عليه بما دفعه زيادة على المقدار الذي ارتضاه (٢) . ويجوز

(١) وقد نصت المادة ٢/١٢١ من التشريع المدني العراقي على أنه « يعتبر تعريضاً عدم البيان
في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشهة والتدليس ، كالحياة في الرعاية والتولية
والإشراك والوصية » .

(٢) وهذا هو قول أبي يوسف في المذهب الحنفي ، ويبدو أنه أكد الأقوال المتطابقة على التواعد
العامة في القانون المصري . وفي الفقه الإسلامي أقوال أخرى في المذهب الحنفي وفي غيره من المذاهب
تتبن من النصوص الآتية :

جاء في الهداية (فتاوى خديرة ٥ ص ٢٥٦) وهي من كتب الفقه الحنفي . « فإن أطلع المشتري
على خيانة في المراجعة ، فهو بالخيار عند أبي حنيفة إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ،
وإن أطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف رحمه الله يخط فيها . وقال
محمد رحمه الله يخر فيها . لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً . والتولية والمراجعة
ترويح وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة ، فيخبر بفواته . ولأبي يوسف
رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومراجعة ، ولهذا يتخذ بقوله وليك بانث الأول أو بمنك =

شترى أن يرجع على البائع بتمويض إذا وقع من البائع غش أو تقصير في بيان الأول .

راجحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً ، فلا بد من البناء على الأول وذلك بالخط ، هير أنه يحط في التولية قدر الحياة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح . ولأن حنيقة وحده أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى توكلة لأنه يزيد على الثمن الأول فتتغير التصرف فتبين الخط ، وفي المراجعة لو لم يحط تبين مراجعة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتصوير .

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٦٢ - ص ٢٦٤) وهو من كتب الفقه المالكي :
« لا يجوز الكذب في التصريف بالثمن . فإن كذب ثم أطلع المشتري على الزيادة في الثمن ، فالمشتري مخير بين أن يمسك بجميع الثمن أو يردّه ، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما يتوجها من الربح فيلزمه الشراء . »

وجاء في المذهب (جزء أول ص ٢٨٨ - ص ٢٩٠) وهو من كتب فقه الشافعي : « ومن أسرى سلمة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه ... وإذا ظهر أن رأس المال مائة وباع على وربع درهم في كل عشرة ، ثم قال أعطأت أو قامت البينة أن الثمن كان تسعين ، فالبيع صحيح . . وأما الثمن الذي يأخذه به ففيه قولان : أحدهما أنه مائة وعشرة ، لأن المسمى في العقد مائة وعشرة ، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً . والثاني أن الثمن تسعة وتسعون ، وهو الصحيح ، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية . ويخالف العيب ، فإن عيب الثمن هو المسمى في العقد وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح ، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة . فإن قلنا إن الثمن مائة وعشرة ، فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار . »

وجاء في الشرح الكبير على متن المقنع (جزء ١ ص ١٠٠ - ص ١٠٣) وهو من كتب الفقه الحنبلي : « السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمراجعة والمراخمة . . فإن باعه السلمة مراجعة ، مثل أن يخبره أن ثمنها مائة وربع عشرة ، ثم علم بينة أو إقرار أن ثمنها تسعون ، فالبيع صحيح ، لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع الصفة من البيع . وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحظها من الربح وهو درهم ، فيبقى على المشتري تسعة وتسعون درهماً . وهذا قال الثوري وابن أبي ليلى وهو أحد قول الشافعي . وقال أبو حنيفة بخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على أبيب . »

ويخلص من هذه التصور أن قول أبي يوسف في الفقه الحنفي والقول الصحيح في فقه الشافعي والمنصوص عليه في الفقه الحنبلي ، هذه كلها تنعبد إلى أن المشتري يسترد من البائع ما دفعه زيادة على ما ارتضاه من الثمن ، وهذا هو المتفق مع القواعد العامة في الفقه الفروي كما قلنا . وهناك أقوال أخرى في المذاهب المختلفة ، أبرزها أن المشتري يكون بالخيار بين أن يستبق المبيع بكل =

ويخلص مما قدمناه أن ما يسمى ببيع الأمانة في الفقه الإسلامي حكمه في القانون المصري هو ما يأتي : إذا كتم البائع عن المشتري بعض الملابسات الجوهرية للثمن ، كأن قال مثلاً إنه اشترى بمائة معجلة وكان الثمن مؤجلاً أو مقطاً ، كان هذا غشاً من البائع ، وجاز للمشتري إبطال البيع لتدليس وإذا لم يكتم البائع عن المشتري شيئاً من هذه الملابسات الجوهرية ، ولكن أثبت المشتري أن الثمن الأول الذي ذكره البائع أعلى من الحقيقة ، كان البيع صحيحاً ، ولكن يحط من الثمن المقدار الزائد من رأس المال وما يناسبه من الربح إن كان البيع مراجحة ، أو المقدار الزائد من رأس المال فقط إن كان البيع تولية أو إشراكاً ، أو المقدار الزائد من المال وما يناسبه من الخفض إن كان البيع وضيمة . وهذا المقدار الزائد وما يتبعه يسترده المشتري من البائع إن كان قد دفعه ، ولا يلزم بدفعه له إن لم يدفعه . وللمشتري في جميع الأحوال أن يرجع بتعويض على البائع إذا أثبت في جانبه غشاً أو تقصيراً (١) .

٢١٠ - أساس التفسير سعر السوق : وقد ينشئ المتبايعان على أن

يكون الثمن هو سعر السوق . فهنا الثمن غير مقدر ، ولكنه قابل للتقدير ، ويمكن تقديره بالرجوع إلى سعر السوق . فان كان المتبايعان قد اتفقا على سوق في مكان معين وفي زمن معين ، كان سعر هذه السوق هو المعتبر . أما إذا اقتصر على ذكر سعر السوق دون أن يبيناً أية سوق ، فقد افترضت الفقرة الثانية من المادة

١ - الثمن أو أن يفسخ البيع . وإذا أخذنا بالقول الأول ، وكان البيع مراجحة ، كأن كان الثمن الأول مائة ويزيد عشرة مراجحة ، ثم يتبين أن الثمن الأول تسعون لأمائة ، وجب حط العشرة من رأس المال وما يناسب العشرة من الربح وهو واحد ، فيكون الثمن تسعة وتسعين . وإذا كان البيع تولية أو إشراكاً ، حططنا العشرة من رأس المال . وإذا كان البيع وضيمة ، كأن كان الثمن الأول مائة وينقص عشرة وضيمة ، ثم تبين أن الثمن الأول تسعون ، فإدام قد اشترى المائة تسعين ، ثم ظهر أن الذي اشتراه هو تسعون منه ، فإنه يشترى التسعين بواحد وثمانين .

أنظر في بيانات الأمانة مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ - ص ١٧١ ومراجع الفقه الإسلامي المذكورة فيه .

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٠ - فقرة ١٣٢ .

٤٣٣ مدنى ، كما رأينا ، أنهما قصدا « سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري » (١) . فإذا باع شخص غللا بسعر السوق ، وكان التسليم فى شهر أكتوبر ، فالمفروض أن المتبايعين قد قصدا أن يكون الثمن مطابقاً لسعر اللال فى بورصة الاسكندرية فى شهر أكتوبر . فإذا كان التسليم فى كفر الزيات ، كانت السوق هى سوق كفر الزيات ، إذ لا يشترط أن تكون السوق بورصة (٢) . وإذا كان التسليم فى قرية صغيرة ليس فيها سوق منظمة ، وجب الرجوع إلى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية ، - يقضى العرف فى هذه الحالة بأن تكون أسعار أقرب سوق هى الأسعار السارية . وهذا كله قد نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ مدنى ، كما رأينا إذ نقول : « وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق فى المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن فى مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق فى المكان الذى يقضى العرف بأن تكون أسعاره هى السارية » . وهذا النص مأخوذ عن التقنين المدنى الألمانى (م ٤٥٣) وتقنين الالتزامات البولونى (م ٢٩٦) ، ويتضمن حكماً معقولاً يتفق مع القواعد العامة (٣) .

٢١١ - أساس التفسير السعر المتداول فى التجارة أو السعر الذى جرى

على التعامل بين المتبايعين : وقد لا يحدد المتبايعان ثمناً للبيع ، ومنزى أنهما إذا لم يحددا الثمن أصلاً كان البيع باطلاً لا نعدام ركن من أركانه . ولكن قد يكون مكوّنهما عن تحديد الثمن ينطوى تبعاً للظروف والملاسات التى أحاطت

(١) ومكان تسليم المبيع هو المكان المتفق عليه . فإن لم يوجد اتفاق فالمكان الذى يوجد فيه المبيع وقت البيع إذا كان للبيع شيئاً معيناً بالذات ، وإلا فوطن البائع أو مركز أعماله وقت وجوب التسليم (م ٣٤٧ مدنى) . وزمان التسليم هو الوقت المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق وجب التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع (م ١/٣٤٦ مدنى) . وإذا وجب تقدير المبيع للمشتري ، كان مكان التسليم هو المكان الذى يصل فيه المبيع إلى المشتري (م ٤٣٦) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٠ ص ٥٥

(وإذا تعددت أسعار اليوم فى البورصة ، فالسعر المتوسط) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢ -

ص ٢٣ . وانظر م ١/٢١٢ من تقنين الالتزامات السويسرى .

التعاقد، على اتفاق ضمنى على أن يترك تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة .
فهنا أيضاً يكون الثمن قابلاً للتقدير ، بالرغم من أن المتبايعين لم يقدراه . ويرجع
في تقديره إلى سعر السلعة المتداول بين التجار ، سواء كان هذا السعر هو سعر
البورصة أو سعر الأسواق الخفية في مكان تسلل المبيع أو غيره من الأماكن . ثم
والعبرة هنا ليست بقيمة المبيع في ذاته ، بل بسعره المتداول في الأسواق ، سواء
كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية (١) . وإذا لم يتبين للقاضي في
وضوح السعر المتداول في الأسواق ، كان له أن يلجأ في تبينه إلى خبير
من التجار .

وقد يظهر من الظروف والملايسات أن المتبايعين قد اتفقا اتفاقاً ضمنياً على
أن يكون الثمن هو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما ، فيرجع إلى هذا السعر
في تحديد الثمن . فإذا كان بين المتبايعين سابق تعامل ، بأن كان أحدهما قد اعتاد
أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر معين أو بسعر يتغير بتغير أسعار السوق ،
فاستمرار الأول في توريد السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه أنهما
متفقان ضمناً على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو السعر المتغير الذي
جرى عليه التعامل بينهما .

وهذا كله قد نصت عليه صراحة المادة ٤٢٤ مدني ، كما رأينا ، إذ تقول :
« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين

(١) ويعرف الفقه الإسلامي بيع الاسترسال ، وفيه يتأمن المشتري - ويكون عادة
لا دراية له بالأسواق أو بالسلعة التي يشتريها - البائع فيشتري منه السلعة بما تباع به الناس
أي بالسعر المتداول في التجارة . وقد كتبنا عن هذا البيع في الفقه الإسلامي ما يأتي : « وإلى
جانب بيعات الأمانة - وفي نفس المنطقة التي تسود فيها نزاهة التعامل - يعرف الفقه المالكي
والفقه الحنلي بيعاً آخر هو بيع المرسل أو المتأمن . وفيه يكشف العاقد عن خيئة نفسه ،
ويبين أنه لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل ، وأنه يتأمن المتعامل معه ويستصحبه
ويسترسل إلى نصحه ، وبطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تباع به الناس أو تشتري .
فالأساس هنا ليس هو الثمن الأصل كما في بيعات الأمانة ، بل هو سعر السوق . فإذا لم يصنفه
المتعامل معه ، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق ، بل كذب عليه في ذلك وغبنه ، فإن هذا
الكذب وحده يعتبر غشاً وتدليلاً يوجب للعاقد خيار الرد » (مصادر الحق في الفقه الإسلامي
للثؤلث جزء ٢ ص ١٧٥ - وانظر الخطاب جزء ٤ ص ٤٧٠ - والشرح الكبير للرددير
« أمش السوق جزء ٣ ص ١٤١ ص ١٤٢ - والشرح الكبير على متن المقح جزء ٤ ص ٧٩) .

و الظروف أن المتعاقدين قد نوباً اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر
الذى جرى عليه التعامل بينهما (١).

٢١٢ - ترك التقدير للأجنبي بنفسه عليه المتبايعان: وقد يترك المتبايعان
تحديد الثمن لأجنبي يتفقان عليه عند البيع (٢) ، فبصح ذلك ، لأن الثمن هنا
وإن لم يقدره المتبايعان إلا أنهما جعلاه قابلاً للتقدير . وما يقدره الأجنبي ثمناً
للمبيع ملزم لكل من البائع والمشتري ويكون هو الثمن ، لأن الأجنبي مفوض
من المتبايعين في تحديد الثمن ، فهو وكيل عنهما في ذلك وبسرى تقديره في

(١) وهذا النص هو الحل الذى أورده تقنين الالتزامات البولونى في المادة ٢٩٨ منه ، وهو
حل يتفق مع القواعد العامة (المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال
التحضيرية ٤ ص ٢٢) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه قد جرت العادة في سوق القطن أن يباع القطن
أو البلورة بسعر يحدده البائع فيما بعد في ميّعاد يملن به المشتري ، فيقطع السعر يوم الاعلان
بأحوال الكونترات أو بحسب السعر الجارى المحلى ، ويخصم من الثمن الذى يحدد حل
هذا النحو ما عسى أن يكون المشتري قد عجله يوم البيع (١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦
ص ١٠١) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثمن يحدد بسعر البورصة في اليوم الذى يبيعه
المشتري ، ثم أفلتت البورصة بقرار من الحكومة فأصبح متعذراً تحديد الثمن ، فإذا لم يتفق
المتبايعان على طريقة أخرى لتحديد الثمن لم يحجز للمحكمة أن تتولى هى نفسها هذا التحديد
ولو بطريق قريب من سعر البورصة ، وبسقط البيع لعدم تحديد الثمن (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٨
م ٣٠ ص ١٣٧) . وقضت بأن حق البائع في تحديد الثمن بعد الميّعاد الأخير لتسليم آخر
دفعة من القطن لا يجوز استماله قبل أن يسلم البائع القطن المبيع للمشتري (٩ يناير سنة ١٩١٨
م ٣٠ ص ١٣٧) - وأنظر أيضاً في تحديد سعر القطن حسب سعر البورصة في يوم يحدده
البائع أو للمشتري : استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٤ ص ٩٢٦ -
استئناف مختلط ١٣ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٠٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٢٤
ص ٤٦ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٤ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤
ص ١٩٩ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٨٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٢ -
٢٧ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٣٤٩ (بذرة القطن) - ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م ٢٩
ص ٤٧٥ .

(٢) ويسر أن يتفق المتبايعان على أكثر من واحد بفوضان لم أن يحددا الثمن باتفاقهم
أو بأغلبيةهم (بودرى وسينيا فقرة ١٣٤) .

حتهما (١). والبيع يعتبر قد تم ، لا من وقت تقدير المفروض للثمن فحسب ، بل من وقت اتفاق المتبايعين على المفروض ففي هذا الوقت كان البيع مستكلاً لجميع عناصره ومنها الثمن إذ كان قابلاً للتقدير كما سبق القول . ويعتبر تقدير

(١) كما يصرى نصرف الوكيل في حق الموكل ، ويكون المتبايعان كأنهما هما الدار قدرا الثمن ، وذلك كله طبقاً لأحكام الوكالة . فالثمن الذي يقدره المفروض ملزم للمتبايعين ، لا يستطيع البائع أن يحتج بأنه بخس ولا المشتري بأنه مبالغ فيه . ولكن يجوز الطعن في التقدير إذا وقع تدليس على المدس من أحد المتبايعين أو من الغير . ونرى من ذلك أن الأجنبي الذي يكل إليه المتبايعان تحديد الثمن لا يعتبر خبيراً (expert) لأن رأى الخبير غير ملزم ، ولا يعتبر حكماً (arbitre) لأن الحكم يفترض قيام نزاع ولا نزاع بين المتبايعين فهما متفقان على أن يكتلا تقدير الثمن لأجنبي . وإنما الأجنبي وكيل عن المتبايعين معاً ، مفوض منهما في تقدير الثمن ، فلائى منهما أن يحتج بما يقع فيه الوكيل من غلط أو تدليس أو إكراه (بودرى وسبينا فقرة ١٤٠ مكررة - بلانيول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ٣٧ - فقرة ٣٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٨٠) . وإذا عين المفروض باتفاق المتبايعين ، لم يجوز لأحدهما أن يستغل بعزله ، بل لا بد في عزله من اتفاقهما معاً كما هو الأمر في تعيينه . فإذا اتفقا على عزله قبل أن يقدر الثمن ، لم يعد يجوز له أن يقدره . ويجوز للمتبايعين أن يتفقا على مفوض آخر لتقدير الثمن ، ويجوز لهما أن يتفقا مباشرة على الثمن ، ولكن البيع لا يعتبر تاماً إلا من وقت اتفاقهما على الثمن ، أو من وقت اتفاقهما على تعيين المفوض الآخر ويكون البيع في هذه الحالة موقوفاً على تقدير المفوض الجديد للثمن (بودرى وسبينا فقرة ١٣٦) .

وقد اعترض الأستاذ سليمان مرقس (فقرة ٩١ - ص ١٣١) على أن يكون المفوض وكيلاً بما يأتي : (٢) لا يجوز أن يكون شخص واحد نائباً عن طرفي العقد . ويرد على هذا الاعتراض بأن هذا يجوز بإجارة لاحقة ، وهنا يوجد ما هو أقوى من الإحارة اللاحقة فالمتبايعان أقرا معاً أن يقوم المفوض بتقدير الثمن . (٢) الوكيل يجوز عزله وهنا المفوض لا يجوز أن يستغل أحد المتبايعين بعزله . ويرد على هذا الاعتراض بأن الوكيل الذي عينه المتبايعان معاً لا يجوز عزله إلا باتفاقهما كما سبق القول . (٣) تحديد الثمن عمل مادي ، والوكيل لا يقوم إلا بتصرف قانوني . ويرد على هذا الاعتراض بأن تحديد الثمن هو جزء من عقد البيع وعنصر جوهري فيه ، فهو تصرف قانوني لا عمل مادي .

أنظر في الفقه المصري : الأستاذين أحمد مجيب الهلال وحامد زكي ص ١١٤ هامش رقم ١ (ويذهب إلى أن تعيين الأجنبي تفويض في تحديد الثمن ونياً في قبوله) - الأستاذ جليل الشراوى ص ١١٧ - ١١٨ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٠ (ويذهب إلى أن تحديد الثمن عمل مادي . ثم يقول إن المفوض في الوكالة أن يكون الوكيل منفذاً لإرادة الموكل ، أما هنا فالمفوض يفوض إرادته على موكله ويرد على ذلك بأن النائب يرى التصرف بإرادته هو لا بإرادة الأصيل وتنفذ هذه الإرادة في حق الموكل لأنه ارتضى ذلك مقدماً) - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١ - ص ٥٨ (ويذهب إلى أن تحديد الثمن عمل مادي ، ومن ثم يقول إن التفويض عقد غير مسمى) .

المفوض للثمن، بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع (١) ، فإذا تحقق الشرط بأن قدر المفوض الثمن (٢) ، اعتبر البيع قد تم من وقت العقد . ومن ثم تنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات من وقت البيع ، وفي العتار من وقت التسجيل ولو سجل العقد قبل تقدير المفوض للثمن (٣) . وإذا لم يتم المفوض بتقدير الثمن لأي سبب ، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير علم أو مات قبل أن يقدر الثمن أو تعذر عليه تقديره لعدم خبرته أو لأي سبب آخر ، فإن الشرط الواقف لا يتحقق ، ويعتبر البيع كأن لم يكن (٤) . ولا يستطيع القاضى إجبار المفوض على تقدير الثمن كما لا يستطيع أن يبيع شخصاً مكانه ، أو أن يقوم بتقدير الثمن بنفسه (٥) .

(١) لو ٢٤ - ٧٤ - ققرة ٧٦ - لوبرى ورو ٥ ققرة ٢٤٩ ص ١٧ - جيوار ١ ققرة ١٠٥ - بودرى وسينيا ققرة ١٣ - بيدان ١١ ققرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان ققرة ١٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس ققرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى ققرة ١٠٥ - الأستاذ عبد المنعم قبلداوى ققرة ١٤١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ققرة ٣١ - قانون بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٢٨ ص ٢٩

(٢) وينفذ المفوض الثمن وفقاً للسعر الجارى وقت البيع لا وقت العقد

(٣) هذا ما يجدر بالمشتري أن يفعله ، فلا يؤخر تسجيل العقد إن ان يقوم المفوض بتحديد الثمن ، بل يبادر إلى التسجيل حتى يمتنع عن البائع التصرف في المبيع . أما هلاك المبيع قبل تقدير الثمن ، ولو كان في يد المشتري ، فهو على البائع . لأن الشرط ليس له أثر رجعي بالنسبة إلى تحمل ثبئة الهلاك (بودرى وسينيا ققرة ١٣٥) .

(٤) أنظر المادة ٢/٢٨٩ من تقنين الموجبات والمقود البناني (آفناً ققرة ٢٠٩

الحاشي

(٥) كذلك لو كان المفوض شخصين ولم يتفقا على تقدير الثمن ، لا يتم البيع ، ولا يستطيعان الاتفاق على شخص ثالث يكون حكماً بينهما . ولو كان المفوض عدة أشخاص ويجب اتفاقهم جميعاً لتقدير الثمن ، فامتنع أحدهم ، لا يتم البيع ، ولا يستطيع الآخرون تعيين شخص على محل الشخص الممتنع (بودرى وسينيا ققرة ١٣٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٣٩) . ولا نستطيع المحكمة كذلك تعيين شخص يحل الشخص الممتنع ، بل لو اتفق المتبايعان على أن تعيين المحكمة مرجحاً عند اختلاف المفوضين في تقدير الثمن ولكن أحد المفوضين امتنع عن إبداء رأيه فإن المحكمة لا تستطيع تعيين شخص يحل محله (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٥ هامش ١) والقاضى لا يستطيع تقدير الثمن بنفسه ، حتى لو عهد إليه المتبايعان في ذلك وجعله هو المفوض ، لأن القاضى ليست مهمته أن يكمل المقود الذى لم تنه ، بل أن يحسم الخلاف في عقود تمت (لوران ٢٤ ققرة ٧٥ - لوبرى ورو ٥ ققرة ٣٤٩ هامش ٢٧ مكرر - عكس ذلك : بودرى وسينيا ققرة ١٣٩ =

ولكن يستطيع المتبايعان الاتفاق على شخص آخر محل محل الأول . فإذا ما قدر المفوض الجديد الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت تعيين هذا المفوض الجديد ولا يتأخر تمام البيع إلى وقت تقدير الثمن .

وقد يقتصر المتبايعان على أن يجملا تقدير الثمن لمفوض يعينه في المستقبل ، فما دام لم يعينا هذا المفوض فإن الثمن لا يكون قابلاً للتقدير ، ومن ثم لا يتم البيع . فإذا ما عيناه ، تم البيع من وقت تعيينه معلقاً على شرط واقف هو تقديره للثمن (١) . وإذا امتنع ، في الحالة التي نحن بصددھا ، أحد المتبايعين عن الاتفاق مع الآخر على تعيين المفوض ، كان هذا إخلالاً بالتزامه من وجوب الاتفاق على تعيين مفوض ، وكان مثولاً عن التعويض وفقاً للمبادئ العامة ، ولكن البيع لا يتم ما دام المفوض لم يعين (٢) .

هذه هي القواعد العامة في ترك تعيين محل العقد لمفوض . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص اقتبس من المرات ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من التقنين المدني الألماني ، ويخرج في بعض المسائل على هذه القواعد . فكانت

= بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٧ ص ٢٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١١٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٣٨ ص ١٢٩ - وقد يترك المتبايعان تعيين المفوض لأجنبي يقوم هذا الأجنبي بتعيينه ، فالبيع لا يتم في هذه الحالة بمجرد تعيين الأجنبي الذي وكل إليه تعيين المفوض ، بل يجب أن يعين الأجنبي للمفوض فعلاً حتى يتم البيع موقوفاً على شرط واقف هو تقدير المفوض للثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٢٩ مكررة أولاً) . ويمكن تقدير المفوض للثمن بحسب السعر الجاري وقت تعيين المفوض لأنه هو الوقت الذي يستند إليه قيام البيع ، ويصدق ذلك في حالة تعيين المفوض بواسطة أجنبي وفي حالة تعيين المتبايعين للمفوض في اتفاق لاحق .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٩ ص ٤٠ - بلانيول وريبير وبولايج ٢ فقرة ٢٣٨٣ - الأستاذان أحمد مجيب الحلال وحامد زكي فقرة ١١٩ - الأستاذ سليمان - فقرة ٩٣ - الأستاذ جيل الشرفاوى ص ١١٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣١ ص ٥٦ - بل ولا . - الالتجاء إلى التبدية للمال : أنسكلويدي دالير ٥ لفظ *ventes* فقرة ٧٦٠ .

وهناك رأى يلحظ إلى أن التصريح في هذه الحالة لا ينشأ عن التزام تعاقدي ، بل من خطأ تقصيري (بودرى وسينيا فقرة ١٣٨) .

المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى تنص على أنه وكان إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون التعيين قائماً على أساس عادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم القضاء . ٢ - ومع ذلك إذ ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولمحض اختياره ، فإن هذا العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقيم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائي (١) ، فلم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالف فيه القواعد العامة التي تقدم ذكرها (٢) ، وبخاصة في جواز أن يحل القاضى محل الأجنبي إذا أبطأ هذا في تقدير الثمن أو كان تقديره غير عادل كما تنقضى الفقرة الأولى من النص ، وفي وجوب أن يكون التقدير عادلاً (٣) كما تنقضى الفقرة الثانية ، فإن هذا وذلك لا يفتق مع القواعد العامة التي سبق بيانها .

٢١٣ - ترك المتابعين الثمن غير مقرر وغير قابل للتقدير :

أما إذا ترك المتابعان الثمن غير مقرر وغير قابل للتقدير ، فإن البيع لا يتم ، إذ

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ - ص ٢١٦ في الهامش :

(٢) أنظر الوسيط الجزء الأول ص ٢٨٩ هامش رقم ١ .

(٣) وكان دوماً (القوانين المدنية ١ فقرة ٢٦) وبوتيه (البيع فقرة ٢٤) في القانون الفرنسى القديم يلعبان إلى وجوب أن يكون الثمن الذى يبيع المفوض ثمناً عادلاً . ولكن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به دون نص خاص يماثل النص الذى ورد في التثنية المدنى الألمانى فيما قدسناه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٨ هامش ٤ - الأستاذان أحد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ عبد المنعم عبد البدر اوى فقرة ١٤٢ - وقارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٦ - ص ١٧) .

ولكن يصح أن يتفق المتابعان على وضع حدود لتقدير المفوض للثمن ، كأن يضافاً حداً أدنى وحداً أعلى ، فلا يجوز للمفوض فى هذه الحالة أن يجاوز فى تقديره الحد الأعلى ولا أن ينزل عن الحد الأدنى ، وإلا كان تقديره باطلاً واعتبر البيع كأن لم يكن (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨) . ولو أدخل المفوض ، دون تفويض خاص فى ذلك ، احتمال ارتفاع الأسعار فى المستقبل فى حسابه عند تقدير الثمن ، يكون قد جاوز مهمته (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٧) .

يتقصر ركن من أركانه وهو الثمن . ونقول المذكورة الابضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما إذا لم يتفق المتعاقدان ، لاصراحة ولا ضمناً ، على تحديد الثمن أو على جملة قابلاً للتحديد ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها ، فإن للبيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه » (١) .

ويقرب من ذلك أن يصرح المتبايعان أحدهما بتبايعا دون ثمن ، أى قصداً لإيقاع البيع دون ثمن . فالعقد فى هذه الحالة لا يتم باعتباره بيعاً ، لأن الثمن ركن فى البيع لا يتم بدونه . ولكن قد يستخلص من الظروف أنها قصداً بإيقاع البيع بدون ثمن أن يكون العقد هبة ، وعند ذلك لا تكون الهبة مستترة ، بل هبة مكشوفة يشترط لتمامها ورقة رسمية فى الأحوال التى يوجب فيها القانون ذلك .

أما إذا قدر المتعاقدان الثمن أو جملاء قابلاً للتقدير وكان الثمن تافهاً ، أو عينا ثمناً مناسباً وذكر البائع أنه وهبه للمشتري ، فسرى أن العقد يكون أيضاً هبة مكشوفة لا بد فيها من ورقة رسمية فى الأحوال التى يجب فيها ذلك .

وإذا قدر المتعاقدان الثمن وكان سورياً ، فسرى أن العقد يكون هبة مستترة ، لا يشترط لتمامها ورقة رسمية .

الطلب الثالث

يجب أن يكون الثمن جدياً

٢١٤ - التمييز بين الثمن غير الجبرى والثمن البغى : يجب أن يكون

الثمن جدياً (sérieux) ، ولا يكون جدياً إذا كان تافهاً (dérisoire) ، أو كان سورياً (fictif) . ولكن ليس من الضرورى أن يكون الثمن جدياً ألا يكون ثمناً بغياً (vil) ، فقد يكون بغياً يدخله الغبن الفاحش ، ومع ذلك يكون جدياً . وآية أن الثمن جدى أن يكون البائع قد أبرم العقد بقصد الحصول عليه مهما كان بغياً ،

وقد رضى بالثمن البخس مضطراً لحاجة ملحة ، أو جاهلاً لقيمة المبيع ، أو لغير ذلك من الأسباب . فيصح البيع ، وإن جاز الطعن فيه بالغبن في حالة استثنائية (١) سيأتي بيانها .

فنستعرض مسألتين : (١) الثمن الجدى (٢) الثمن البخس ودعوى الغبن الفاحش .

١٥ - الثمن الجدى

٣١٥ - **التمن الصوري** : لا يكون الثمن جدياً إذا كان ثمناً صورياً لا بقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري ، بل ذكر مبلغاً من النقود ليكون ثمناً حتى يسلم للبيع مظهره الخارجى . ومنى يثبت أن الثمن صوري فإن العقد لا يكون بيعاً (٢) ، ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع فيصح كهبة دون حاجة إلى ورقة رسمية (٣) ، وصلى تفصيل ذلك عند الكلام في عقد الهبة . وقد سبق بحث إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٤) .

(١) كما قد يجوز الطعن فيه بالنقض أو التدليس أو الإكراه ، بحسب السبب الذى دفع البائع إلى قبول هذا الثمن البخس .

(٢) استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٣ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدر فى فقرة ١٤٧ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٨ - فقرة ٦٣٠ - ومن الفرائض القوية على الصورية أن يكون حيز المشتري من دفع الثمن واضحاً كل الوضوح ، بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد ، وأن الثمن المذكور فى العقد ليس إلا ثمناً صورياً والمقد ليس إلا تبرعاً (نقض مدنى ٢ يونيه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦١ ص ١٨٥ - جيوار ١ فقرة ٩٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٠٩) . هل أنه لا يجوز أن يستفاد دائماً من مجرد إعسار المشتري وعلم البائع بهذا الإعسار أن الثمن صوري ليس في نية البائع تقاضيه ، فقد يؤمل البائع أن المشتري سيقبض بعد عسر يسرا (بودرى وسينيا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ١٩٥) - أما العكس فغير صحيح ، فقد يكون المشتري في حالة تمكنه من دفع الثمن . يمكن مع ذلك الشراء الحاصل منه صورياً ، إذ لا تلازم بين حالة الإعسار وصورية العقد . ونستنتج المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشتري إثباتاً لغيره ومقدرته على دفع الثمن ، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦) .

ومما يقطع في صورة الثمن أن يبرىء البائع في عقد البيع نفسه المشتري من الثمن المذكور في العقد ، أو أن يهبه إياه ، فإن هذا معناه أن البائع ليس في نيته أن يتقاضى الثمن ، وإنما يريد أن يسبح على العقد صورة البيع . وفي هذه الحالة لا يكون العقد بيعاً ، وإذا اعتبر هبة فإنه يكون هبة مكشوفة لا مستترة ، فيجب الاعتقاد أنها أن تكتب في ورقة رسمية في الأحوال التي تشترط فيها الرسمية في الهبة (١).

لكن إذا تم عند البيع بذكر ثمن جدي فيه ، ثم بعد ذلك أبرأ البائع المشتري من الثمن أو وهبه إياه ، فإن البيع يبقى صحيحاً فقد سبق أن انعقد بثمن جدي ، وإبراء البائع المشتري من الثمن أو هبه له بعد ذلك ليس من أسباب البطلان (٢).

٢١٦ - الثمن التافه : ويلحق بالثمن الصوري الثمن التافه ، وكما لا يتم

البيع بثمن صوري كذلك لا يتم بثمن تافه . والثمن التافه هو مبلغ من النقود يصل من التافهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن

(١) ولا يبدل إن البيع يكون باطلاً ويتحول إلى هبة صحيحة ، بل انعقد هبة مكشوفة رأساً (الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٠٦) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ذكر الثمن في عقد البيع مع إبراء المشتري منه أو هبه إياه ، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون سائراً لهبة ، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بمقدار آخر ، إلا أنه يشترط أن يكون هذا المقدار مستوفياً الأركان والشروط اللازمة لصحته (نقض مدني ٩ يونيه سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٠ ص ١٠٠) .

(٢) بودري وسبيليا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ٢٥٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد الحليم اندراوى فقرة ١٤٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ - وبترتب عن ذلك أنه يجوز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، ويأخذ الشفع بالعقار بالثمن المسمى الذي أبرىء منه المشتري أو وهبه إياه ، ولو اعتبر العقد هبة جاء الأخذ بالشفعة . وفي التقنين المدني العراقي فصل صريح في هذا المعنى ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٥٢٩ من هذا التقنين على ما يأتي : " وللبائع أن يحيط بجميع الشرائع قبل القبض ، ولكن لا ينقضي هذا الخط بأصل العقد . فلو أبرأ البائع المشتري من جميع الشرائع وأخذ الشفع المبيع ، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى " (انظر أيضاً فقرة ٢٠٦ في المباحث) .

البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه ، وإن كان قد حصل عليه فعلاً (١) . فإذا باع شخص داراً قيمتها ألف بعشرين مثلاً ، كان الثمن تافهاً ، فلا يتم البيع . وإذا اعتبر العقد في هذه الحالة هبة ، فإن الهبة تكون مكشوفة لا مستترة ، وتجب فيها الرسمية في الأحوال التي يشترط القانون فيها ذلك (٢) .

ويلحق بالثمن التافه ، فيكون كالثمن الصوري لا يتم به البيع ، أن يبيع شخص عيناً بثمن هو لإيراد مرتب مدى حياة البائع ولكن هذا المرتب أقل من ربع العين . فإذا باع شخص داراً ربعها مائة بإيراد مرتب مدى حياته مقداره خمسون ، فقد وضح أن المشتري لا يدفع شيئاً من ماله في مقابل الدار ، إذ هو يقبض ربعها ويعطى البائع منه الإيراد المرتب . وفي هذه الحالة يكون العقد هبة لا بيعاً (٣) ، والهبة مكشوفة لا مستترة (٤) ، يشترط فيها الرسمية في الأحوال التي يوجب القانون فيها ذلك (٥) . على أن البائع إذا باع الدار بإيراد يعادل الربع الحالى للمبيع ، وظهر من الظروف أن هذا الربع الحالى غير مستقر ، وأنه عرضة للنقصان إما لأسباب طبيعية وإما لسبب خاص كأن كانت الدار معرضة للتخريب من غزو أو سطو أو غير ذلك ، فأراد البائع أن يكفل لنفسه إيراداً ثابتاً وإن كان

(١) محكمة مصر ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ المحرق ٢٩ ص ١٨٧ - وهذا ما يميز الثمن التافه من الثمن الصوري . فالثمن التافه مقدار قليل جداً من النقود لا يتناسب أصلاً مع قيمة المبيع ، ولكن البائع يحصل عليه فعلاً . أما الثمن الصوري فيكون بمادة مقدراً من النقود متناسباً لقيمة المبيع ، ولكن البائع لا يحصل عليه ولا يقصد ذلك .
(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٨ - الأستاذ جليل الشرقاوى ص ١٠٧ هامش ٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٧ ص ٢١٤ - انظر عكس ذلك وأن الهبة تكون مستترة لا مكشوفة بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤١ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٧٢ - قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٢٥ .
(٤) قارن بيدان ١١ فقرة ١٤٣ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه على فرض أن الإيراد المقرر في العقد مدى حياة البائع هو دون ربع المنزل المبيع ، وأن هذا يجعل الثمن مستمراً فيعتبر العقد باطلاً كبيع ، فإن الحكم قد أقام قضاءً على أساس أن العقد ينظر في هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لإفراغها في قالب (نقض مدى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض رقم ٩٦ ص ٥٧٣) .

لا يزيد على الربع الحال للدار ، جاز اعتبار الثمن هنا ثمناً جدياً لا تافهاً
وإن كان ثمناً بخساً ، وصح البيع (١) .

٢٥ - الثمن البخس

(دعوى الغبن الفاحش)

٢١٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٢٥ من التقنين المدني
على ما يأتي :

١٥ . إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن
يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب ثمنه إلى أربعة أخماس من المثل .
٢٥ . ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب
قيمه وقت البيع .

وتنص المادة ٤٢٦ على ما يأتي :

١٥ . تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن ، إذا انقضت
ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب
العقار المبيع .

وتنص المادة ٤٢٧ على ما يأتي :

« لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاed العلني (٢) » .

(١) أنظر لوران ٢٤ فقرة ٨٥ وما بعدها — جيوار ١ فقرة ٩٧ — أوبري ورو ٥
فقرة ٣٤٩ هاش ٢٦ — بيدان ١١ فقرة ١٤٢ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٧١ —
الأستاذ جميل الشرقاوي ص ١٠٧ — الأستاذ عبد المنعم البداوي فقرة ١٤٦ — وقارن
ماركاديه م ١٥٩١ فقرة ٣ — بودري وسينيا فقرة ١٣٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٤١ ص ٤٢ — ص ٤٣ — الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٠٧ —
الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٩ .

ويجوز الطعن في البيع بدعوى الغبن الفاحش إذا توافرت شروطها ، كما سنرى .

(٢) تاريخ النصوص :

م ٤٢٥ ورد هذا النص في المادة ٥٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب ما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً طفيفاً فصار مطابقاً ، إلا في عبارة =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٣٦-٣٣٧/٤١٩ - ٤٢٠ (١).

= واحدة عدلتها لجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب، إذ كان نص المشروع كما يأتي : « فليس لبايع إلا أن يطلب تسكلة الثمن » فاستبدلت هذه العبارة بعبارة « فلبائع أن يطلب تسكلة الثمن » لأن العبارة الأولى توهم أن البايع ناقص الأهلية لا يملك في حالة الثمن إلا دعوى تسكلة الثمن ، والواقع أنه يملك أيضاً دعوى إبطال العقد لنقص أهليته ، وقد يرى المصلحة في إحدى الدهورين دون الأخرى . وصار رقم للنص ٤٣٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٥ — ص ٣٧) .

م ٤٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٦ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة عدل تمديداً طفيفاً فصار مطابقاً ، وأصبح رقمه ٤٣٥ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٧ — ص ٣٨) .

م ٤٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « لا يجوز الطعن بالنسبة في بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزداد العائلي » . وفي لجنة المراجعة - رد النص تحويراً يجعل المعنى أدق ، فأصبح المعنى مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٩ وص ٤١) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤١٩/٣٣٦ : الثمن الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه حق إلا للبايع في طلب تسكلة الثمن ، ويكون ذلك في حالة بيع عقار القصر فقط .

م ٤٢٠/٣٣٧ : يستقط حق إقامة الدعوى بالنسبة الفاحش بعد بلوغ البائع من الرشد أو وفاته بسنتين . ولا يترتب على ذلك الحق إخلال بحقوق أصحاب للرهن العقاري . والفروق ما بين التقنينين الجديد والسابق بينها المذكرة الإيضاحية فيما يأتي :

١ - التقنين السابق لم يذكر إلا القاصر ، وجرى القضاء المصري على أن ذلك يشمل غير القاصر أيضاً من غير كامل الأهلية كالمجنون عليه ، فسجل التقنين الجديد هذا القضاء بأن نص على بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٥ — قارن ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠) .

٢ - نص التقنين الجديد على الطريقة التي يقدر بها الثمن ، فذكر أنه يجب لتقدير ما إذا كان الثمن يزيد على الخمس أن يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع . وهذا ما جرى عليه القضاء المصري ، ففتنه التقنين الجديد ناقلاً في ذلك عن المشروع الفرنسي الإبطال (م ٣٩٥) .

٣ - جعل التقنين الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات بدلاً من سنتين ، حتى يتسق التشريع في دعاوى الإبطال مع دعوى تسكلة الثمن للثمن (انظر سريان التقنين الجديد بالنسبة إلى الزمان فيما يلي فقرة ٢٢٣) .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المواد ٣٩٣ - ٣٩٥ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤١٤ - ٤١٦ - وفي
التقنين المدني العراقي المادة ١٢٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين
٢١٣ - ٢١٤ (١).

== ٤ - نص التقنين الجديد على عدم جواز الطعن بالدين في بيع تم كنص القانون بطريق
المزاد العلني ، كالبيع جبراً لتنفيذ حل مال الدين وكبيع عقار الماسر في المراء العلني ، لأن
المفروض في هذه البيوع أن كل الإجراءات الترتيبية للحصول على أصل فمن يمكن وقت البيع
اتخذت ، فإذ راسا المراد رغم ذلك بشئ فيه غش ، فليس في الأمر حيلة . وفي هذا أيضاً تقنين
لما جرى عليه القضاء في مصر .

انظر فيما تقدم مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٣٩ - ص ٤٠ .
ويمكن إضافة فرق خاص إلى هذه الفروق الأربعة ، هو الخاص بحماية الدين حسن النية ،
فقد عم التقنين الجديد إذ شمل بالحماية كل من كتب حناً عينياً على ائتمار ابيع ، وقصر التقنين
الدين الحماية على أصحاب الزمور التجارية .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٩٣ - ٣٩٥ (مطابقة
للمواد ٤٢٥ - ٤٢٧ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ
مصطفى الزرنا فترة ٧٧ - فترة ٨٣) .

استنبط المدني الليبي م ٤١٤ - ٤١٦ (مطابقة للمواد ٤٢٥ - ٤٢٧ من التقنين المدني
المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٤ : ١ - مجرد الدين لا يمنع من فناء العقد مادام الدين لم يصحبه
تغير . ٢ - على أنه إذا كان الدين فاحشاً وكان المدين محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه
الدين مال الدولة أو الوقف ، فإن العقد يكون باطلاً . ٣ - لا يجوز الطعن بالدين في عقد تم
بطريق المزايدة العلنية .

(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري بوجه خاص في الجراء المترتب على الدين ، في
استنبط المصري الجزاء هو تكملة الثمن ، أما في التقنين العراقي فالجزاء هو سلطان العقد أصلاً) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢١٣ : الدين هو التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات
التي توصل لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات الموص

م ٢١٤ : إن الدين لا يفسد في الأساس رضا المدين . ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح
العقد قابلاً للبطالان في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المدين قاصراً ثانياً - إذا كان المدين
واشداً وكان الدين خاصتان : الأولى أن يكون فاحشاً وشاذاً عن العادة المألوفة ، والثانية أن
يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المدين . ويمكن إلى الدرجة المعينة
فيما تقدم إبطال عقود التمر نفسها بسبب الدين .

(ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري فيما يأتي : (١) لم يحدد التقنين اللبناني رقاً =

وزى من ذلك أن الثمن البخس ، وهو الثمن الذى يقل عن قيمة البيع كثيراً ولكنه ثمن جدى قصد البائع أن يتقاضاه ، لا يمنع تمام البيع كما قدمنا ، إذا توافر فيه شروط الثمن . فإذا باع شخص كامل الأهلية داراً قيمتها أربعة آلاف بالعين أو باللف ، كان البيع صحيحاً (١) ، ولا يدخل عليه البطلان من طريق بخس الثمن ، فهو ثمن جدى وإن كان ثمناً قليلاً (٢) .

على أن بخس الثمن - كما يخلص من النصوص المتقدمة الذكر - يعيب البيع فى حالة واحدة ، هى حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية ولكن بشروط معينة إذا توافرت جاز الطعن فى البيع بدعوى الغبن الفاحش (٣) .

١ - الشروط الواجب توافرها لتحقيق الغبن الفاحش

٢١٨ - شروط أربعة : يجب لتحقيق الغبن الفاحش الذى يعيب البيع توافر شروط أربعة نستخلص من نصوص المواد ٤٢٥ - ٤٢٧ مدنى : (١) أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية (٢) . أن تكون العين المبيعة عقاراً (٣) والا يكون البيع فى مزاد علنى ثم وفقاً لأحكام القانون (٤) وأن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس .

= ثابتاً للذين . وقد حدد التقنين المصرى رقاً فعمله الخمس . (٢) مزج بين الغبن والاستغلال . (٣) قصر الغبن على القاصر دون غيره من لم تتوافر فيه الأهلية . (٤) جعل جزاء الغبن إبطال العقد لا تكله الثمن .

(١) استئناف مخطوط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٢ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٩ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨١ .

(٢) وقد يدخله البطلان من طريق عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو التدليس أو الغلط (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٩ ص ٣٠٥ - وانظر آتفا فقرة ٢١٤ فى الماشى) .

(٣) أما الغبن ذو الميعار الذاتى الذى يعيب الرضاء نفسه ولو كان المتعاقد كامل الأهلية - الاستغلال - فقد سبق بحثه (انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٢ - فقرة ٢١٢) .

٢١٩ - الشرط الأول - صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية:

يجب أولاً أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية . فإن كان كامل الأهلية ، فهو حر في أن يبيع ماله بأى ثمن شاء . وإن باعه بثمان قليل ، لم يؤثر في سلامة البيع مقدار الثمن الذى لحق به مهما كان هذا الثمن فاحشاً ، مادام الثمن جديداً قصد البائع أن يحصل عليه (١) . وليس بعيب بيع كامل الأهلية ، عن طريق الثمن ، إلا أن يستغل فيه طيش بين أو هوى جامع وأن تتوافر سائر شروط الاستغلال ، ويختلف معيار الاستغلال عن معيار الثمن في أن ذلك ذاتي وهذا موضوعي (٢) .

فالواجب إذن أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية ، سواء كان فاقداً الأهلية أصلاً أو كان ناقصها فحسب (٣) . فيجوز أن يكون صبيّاً غير مميز

(١) أما في القانون الفرنسى فيجوز الطعن في بيع العقار المملوك لكامل الأهلية إذا زاد الثمن على ١٢/٧ من قيمة العقار وقت البيع ، ويجوز المشتري إما حل رد العين واسترداد الثمن وإما على تكلفة الثمن إلى تسعة أعشار القيمة وقت البيع . فرد المبيع هو الالتزام الأصل ، وتكلفة الثمن التزام بدل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢٤٦ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ - حوسران ٢ فترة ١٠٥٥ ص ٥٥١) أنظر في تاريخ دعوى الثمن في القانون الفرنسى وأصل هذه الدعوى في القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم بودرى وسبينا فترة ٦٧١ - فترة ٦٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢٣٥ .

وفي الفقه الإسلامى يمنع الثمن إطلاقاً في الأموال الربوية (وهى المعلومات والأثمان أو المكيلات والموزونات) . وفيما عدا الأموال الربوية لا يؤثر الثمن إذا لم يصحبه تقرير ، ولكن مجرد الثمن إذا كان فاحشاً يؤثر في بيع أموال المحجور وبنت المال والوقف فيجعل العقد فاسداً .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لتشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ويلاحظ أن معيار الثمن هنا معيار مادي . أما الثمن في العقد بصفة عامة ، وهو الاستغلال المنصوص عليه في الالتزامات بوجه عام ، فمقياره معيار نفسى : ولا يشترط فيه التوقف عند رقم معلوم . . . ويستخلص مما تقدم أن بيع عقار كامل الأهلية لا يثنى فيه بالثمن إلا إذا توافرت فيه شروط الاستغلال التى سبق بيانها » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤١) .

(٣) ويندر أن يكون صاحب العقار المبيع فاقداً الأهلية أصلاً ، لأنه إذا باشر العقد بنفسه كان العقد باطلاً ، وإذا باشره عنه وصيه بغير إذن المحكمة كان العقد باطلاً أيضاً . فينبى أن يباشر العقد الوصى بإذن المحكمة ، ولا يباع العقار في مزاد علنى ، ويقع في البيع غبن فاحش . وينبى أيضاً أن يباشر العقد الولي في الحدود التى لا يشترط فيها إذن المحكمة ، ويقع في البيع غبن فاحش =

أو مجنوناً أو متوهماً ، وهؤلاء فاقدو الأهلية أصلاً ، ويبيع بالنيابة عنهم الولى أو الوصى أو القيم . ويجوز أن يكون صبيّاً مميزاً أو محجوراً عليه لفظة أو لشفه ، وهؤلاء ناقصو الأهلية ، ويبيع بالنيابة عنهم الولى أو الوصى أو القيم ، وقد يباشرون البيع بأنفسهم . أما النائب والمحجور عليه لعقوبة جنائية ومن أقيم له مساعد قضائي ، فهؤلاء لا يعتبرون ناقصي الأهلية بسبب الغيبة أو العقوبة أو العاغة ، وحكمهم هو حكم كامل الأهلية .

٢٢٠ - الشرط الثاني - العين المبيعة عقاراً : ويجب ثانياً أن تكون

العين المبيعة عقاراً . فبيع المنقولات بأى ثمن جدى مهما قل لا يعيبه الغبن الفاحش ، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لغير كامل الأهلية (١) . ومن ثم إذا بيعت أسهم (٢) أو سندات أو سيارة أو عوامة أو آلة ميكانيكية أو غير ذلك من المنقولات ذات القيمة الكبيرة بغبن فاحش ، لم يؤثر ذلك فى سلامة البيع ، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لقاصر أو لمحجور عليه . وكذلك إذا بيع منجر (fonds de commerce) فالمنجر يعد منقولا (٣) . فالمنقولات لا تحميها إذن دعوى الغبن الفاحش وإنما تحميها الاجراءات التى رسمها المشرع لحماية القاصر والمحجور عليهم فى قانون الولاية على المال ، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة .

أما إذا كان المبيع عقاراً ، فتحميته دعوى الغبن الفاحش . ويستوى أن يكون هذا العقار حق ملكية على عقار كدار أو أرض (٤) ، أو يكون خفا عينياً دون

١ - أما إذا كان صاحب العقار المبيع ناقص الأهلية ، فيضاف إل هذين الفرضين فرض ثالث ، هو أن يباشر ناقص الأهلية العقد بنفسه ويقع فى البيع غبن فاحش ، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الإبطال وبدعوى الغبن الفاحش . أنظر ما يلى فقرة ٢٢١ .

(١) استئناف مغلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣ .

(٢) غير أن بيع حصص فى شركة عقارية يعتبر بيع عقار ، إذا أدى إل تجميع الحصص كلها فى يد شريك واحد ومن ثم انحلت الشركة (بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص ٢٨٥) .

(٣) بلائيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٨ ص ٢٨٥ .

(٤) لو كان العقار عقاراً بالتخصيص فيدخل مع العقار الأصل فى حساب الغبن .

حق الملكية مادام واقفاً على عقار كحق الانتفاع بدار أو أرض وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكم (١). ولكن حوالة الحق الشخصى غير العقارى ، ولو كان هذا الحق مكفولاً بتأمين عبي واقف على عقار كرهن أو اختصاص أو امتياز ، لا يعتبر بيع عقار . بل هو بيع منقول لا نحميه دعوى الغبن الفاحش ، لأن البيع واقف على حق شخص غير عقارى . فإذا كان الحق الشخصى واقفاً على عقار ، كحوالة حق المشتري القاصر أو المحجور عليه لعقار اشتراه ولم يسجل عقد البيع ، اعتبر عقاراً وجازت حمايته بدعوى الغبن الفاحش .

وإذا كان المبيع عقاراً ومنقولاً يباع صفقة واحدة بشمن واحد ، وكانت الصفقة قابلة للتجزئة ، جزئت وقسم الثمن على العقار والمقول ، وجاز الطعن بالغبن فى العقار دون المنقول . وإذا لم تكن الصفقة قابلة للتجزئة ، جاز الطعن فى البيع كله بالغبن ، على ألا يدخل فى حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده منسوبة إلى حصته فى الثمن (٢).

٢٢١ - الشرط الثالث - لا يكون البيع فى مزار على م وفقا

المطامير الفانورة : ويجب ثالثاً ألا يكون البيع فى مزار على . ونلاحظ بادية ذى بدء أن الذى نحميه دعوى الغبن الفاحش هو البيع (٣) لا الشراء . فإذا اشترى

(١) وينبغى أن يكون المنار مفرزاً أو شامئاً - ولا يعتبر عقاراً المنول بحسب المآل كما فى بيع البناء بفصد عنه ، وبيع الأشجار بفصد فروعها ، وبيع حق استخراج المعادن والأحجار من المناجم والمناجم (بودرى وسينيا فقرة ٦٨٥) .
(٢) أوردى ٥ فقرة ٣٥٨ هامش ٦ - بودرى وسينيا فقرة ٦٨١ - بلانبول وريبير وهامل ١٥ فقرة ٣٣٨ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦) .

(٣) عل أنه لا يجوز الطعن ، فى عهد التفتين المدف السابق ، فى بيع الوفاء بالغبن . وقد نصت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز تطبيق قواعد الغبن الفاحش على عقد البيع الوفاى الصادر من ول القاصر للمبر عن جزء من أملاك القاصر ، وذلك سواء أكان العقد عقد بيع وفائى أم كان المقصود به إخفاء رهن عقارى . وذلك لأن لوائه فى العقد الأول استرداد المبيع إذا رد الثمن فى الميعاد ، ولأن المشتري فى العقد الثانى ليس له أى حق عيني على العين وإنما له دين عاوى ، وبذلك ينتج حصول أى ضرر للقاصر من جراء تصرفات وليه فى ماله لإمكان استرداد العين المبيعة فى الحالتين (٣ يناير سنة ١٩٣٥ الجمعية الرسمية ٣٦ رقم ١١٧) .

الناصر أو المحجور عليه عقاراً ولو بغبن فاحش ، فليست دعوى الغبن هي التي تحميه (١) ، وإنما تحميه الإجراءات المرسومة لهذا الغرض في قانون الولاية على المال ، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة كما سبق القول .

فالبيع وحده هو الذي تحميه دعوى الغبن . ويجب ألا يكون البيع حاصلًا بالمزاد العلني ، لأن المزاد يفسح السبيل للحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع . فإذا رما المزاد بشمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس ، فهذا دليل على أن العقار لا يجد مشترياً بأكثر من هذا الثمن ، فلا محل إذن للطعن في المبيع بالغبن . هذا إلى أن جعل البيع بالمزاد مهدداً بأن يطعن فيه بالغبن قد يكون سبباً لإحجام كثيرين من الدخول في المزاد ، فلا تنهياً للأسباب كاملة للوصول بشمنه إلى أعلى مقدار ممكن ، وتنقلب الحماية ضرراً لا نفعاً .

وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٢٧ مدني تجرى على الوجه الآتي :
ولا يجوز الطعن بالغبن في بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلني .
فكان الطعن بالغبن ممنوعاً ، بموجب هذا النص ، في بيع يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلني ، وذلك كييع عقار المدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم إمكان قسمته عيناً . أما إذا كان البيع لا يحتم قانوناً أن يكون بالمزاد العلني ، كييع عقار غير كامل الأهلية والغائب (٢) ، فإنه يجوز الطعن فيه بالغبن ولو حصل بالمزاد العلني . ولكن نص المشروع التمهيدى حور في لجنة المراجعة ، واستقر النص في المادة ٤٢٧ من التقنين المدني الجديد على الوجه الآتي : ولا يجوز الطعن بالغبن

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري لا يستطيع الطعن في الشراء بدعوى الغبن ، ولو اشترى بأكثر من قيمة المبيع بما يزيد على الخمس (٤ يناير سنة ١٨٩١ م ص ١٢١) .

كذلك لا يجوز الطعن بالغبن في المقايضة ، أو تقديم عقار كحصة في شركة ، ولا في الوفاء مدين مقابل هو عقار وإن كانت هذه الحالة الأخيرة محل شك (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٥٢ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٤٤) .

(٢) فهذا البيع يصح أن يقع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (انظر المواد ٧١٢ - ٧١٧) ، وإن كان القانون لا يحتم ذلك . فقد يحصل الرضى على إذن المحكمة في بيع عقار الناصر ، وتقتصر المحكمة على أخذ رأى خبير في قيمة العقار ومناسبه الثمن لهذه القيمة دون أن تحتم أن يكون البيع بالمزاد العلني .

في بيع ثم كنص القانون بطريق المزااد العلني، (١). فأصبح ، بموجب هذا النص ، الطعن بالغبن ممتنعاً في بيع عقار غير كامل الأهلية إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزااد العلني ، وتم البيع فعلاً بالمزااد كنص القانون أى وفقاً للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب (م ٧١٢-٧١٧ مرافعات) (٢) .

وبخلص مما قدمناه أنه لا يجوز الطعن بالغبن في الأحوال الآتية : (١) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني تنفيذاً لدين (٣) . (٢) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني لعدم إمكان قسمته عيناً . (٣) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني تنفيذاً لأمر المحكمة التي أذنت في البيع (٤) .

وبجوز الطعن بالنبن في الأحوال الآتية : (١) إذا باع ناقص الأهلية العقار بنفسه دون إذن أو إجازة ، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الغبن وبدعوى الإبطال

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١٧ في الهامش .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد البار ص ١١٢ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٩٢ - ص ٩٣ .

وفي معنى الرأي الذي ذهب إليه نفتت بحثت النقص بأن المادة ٩١٤ مرافعات (قديم) لا توجب بيع عقار القاصر بطريق المزايدة ، ولا يترتب البطلان على عدم اتباع هذا الطريق ، كما أن قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ لم يشر باتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة المشار إليها . ولازم ذلك أن بيع عقار القاصر بالممارسة مع تصديق المجلس الحسبي لا مخالفة فيه للقانون ولا للمادة المشار إليها . ويكون حكم النقص المذكور غير واجب الاتباع إلا في حالة بيع عقار القاصر المأذون في بيعه من الجهة المختصة بالمزايدة (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٣٤ ص ٥٣٤) .

(٣) ويستوى أن يكون المزااد العلني قضائياً أو إدارياً ، فإذا بيع عقار محجور بيماً إدارياً لاستيفاء الضريبة ، لا يجوز الطعن في البيع بالغبن ، لأنه بيع ثم بطريق المزااد العلني كنص القانون (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٢) .

(٤) كذلك لا يجوز الطعن بالغبن في نزاع ملكية عقار مملوك لغير كامل الأهلية للصفة العامة ، بحجة أن التمييز غير كاف وأنه ينطوي على غبن فاحش : فلو رضى أن صاحب العقار المنزوع ملكيته قد طرق السبل القانونية التي فتحها له القانون لجعل التمييز عادلاً لا ينطوي على غبن (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧٨ ص ٥٨٦ - جوسران ٢ فقرة ١٠٥٢ ص ٥٥١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٤٧١) .

معداً (١). (٢) إذا باع الأب مال ولده فيها لا تزيد قيمته على ثلثائة جنيه ، إذ لا يحتاج في هذه الحالة إلى الحصول على إذن من المحكمة (٤) . (٣) إذا باع الولي أو الوصي أو القيم مال المحجور بعد الحصول على إذن من المحكمة وبعد أن أخذت المحكمة رأى الخبير ، ولكن دون أن يكون البيع حاصلًا بالمراد العلني لعدم اشتراط

(١) فإذا أجاز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، زال سبب الإبطال وبقي سبب النقص ، فيجوز له حينئذ أن يضمن في البيع بالنقص . وتحقق مصلحته في ذلك إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالنقص عما كانت وقت البيع ، فإن هو طعن بالإبطال استرد عقارا قد تكون قيمته أقل مما كانت وقت البيع بأكثر من الخمس . فتكون له إذن مصلحة في أن يضمن بالنقص دون الإبطال حتى يستكمل أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع ، فيكسب من دعوى النقص أكثر مما يكسب من دعوى الإبطال . مثل ذلك أن تكون قيمة العقار وقت البيع ستائة ، فيبيعه القاصر بثلثائة . أو يبلغ سن الرشد ، وقد نزلت قيمة العقار إلى أربعائة ، كانت إجازة البيع واستكمال أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع بدعوى النقص خيرا للبائع من إبطال البيع واسترداد العقار مع رد ثمنه . ذلك أنه في الحالة الأولى يكسب مائة وثمانين ، وهو المقدار الذي يستكمل به أربعة أخماس قيمة العقار . أما في الحالة الثانية فيسترد عقارا قيمته وقت استرداده أربعائة ، ويرد الثمن وهو ثلثائة ، فالفرق الذي يكسبه هو مائة فقط .

وتقول المدكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد ، وكان نظام المجالس الحسبية في ذلك قائما ، ما يأتي : « هذا ويلاحظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع في أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام ، فإن بيع عقار القاصر والمحجور عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبي بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع النقص ، عل أن النقص يتصور وقوعه بالرغم من ذلك ، كما إذا باع القاصر عقاره بشئ بخس دون الرجوع إلى المجلس الحسبي . فيكون البيع قابلا للبطلان من جهة ، وقابلا للطعن عليه بالنقص من جهة أخرى . وقد يحيز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، ثم يضمن فيه بالنقص إذا كانت له مصلحة في ذلك . وتحقق المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالنقص عما كانت وقت البيع ، بحيث تكون تكلفة الثمن التي يحصل عليها من وراء الطعن بالنقص خيرا له من استرداد المبيع إذا هو طعن في البيع بالبطلان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠ - ص ٤١) .

وقد قننت محكمة استئناف مصر بأن بيع أول مال القاصر بدون قاضى يعطى الحق في طلب ثلثة الثمن لا في طلب بطلان العقد ، أما إذا باشر القاصر البيع بنفسه فيكون له الحق عند وجود نقص النقائص في رفع إحدى دعويين ، هما دعوى بطلان التصرف لعدم الأهلية ودعوى تكلفة الثمن (٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحررة برسمية ٢٦ رقم ١١٧) .

ومع ذلك فقد قننت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز الطعن بالنقص في عقد وقع من حل محل القاصر شرعاً في التعامل عنه ، أما إذا صدر البيع من القاصر نفسه فإن القاصر يجوز له طلب بطلان هذا البيع لنقص أهلية (٢٤ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٦٧) .

(٢) الأستاذ سليمان مرتضى فترة ١٢٥ ص ١٧٤ - ١٧٦ - الأستاذ عبد المنعم

المحكمة ذلك . فقد يقع في هذه الحالة الأخيرة غبن يزيد على الخمس ، وذلك بالرغم من رأى الخبير الذى وافق على البيع ، وبالرغم من أن المحكمة كانت تملك رفض الإذن إذا كان الغبن يزيد على خمس القيمة .

ولا يمنع من الطعن في البيع بالغبن أن يكون البيع احتمالياً ، إذ يجوز أن يدخل الغبن البيع الاحتمالي . فإذا بيع عقار محجور عليه بإيراد مرتب مدى حياته وكان هذا الإيراد لا يزيد على ريع العقار ، فأنشأ ما جدى ولكنه فمن بخس ، وقد لحق البائع منه غبن فاحش ، فيجوز للطعن في البيع بالغبن (١) .

٢٢٢ - الشرط الرابع - الثمن بطل غير قيمة العقار المبيع

وإذا أبيع بأكثر من الخمس : والغبن لا يكون فاحشاً إلا إذا زادت قيمة المبيع وقت البيع على ثمنه بأكثر من خمس القيمة . أما إذا بيع العقار بثمن هو أربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر من ذلك ، فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن . ونقف هنا عند رقم محدود لا نتعداه ، وهذا الرقم مأخوذ من الفقه الإسلامى فقيه أن الثمن الفاحش هو ما يزيد على الخمس ، ومن ثم كان معيار الغبن موضوعياً بخلاف الاستغلال فإن معياره ذاتي (٢) كما قدمنا .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٠ في الخامس — كذلك إذا كان العقار المبيع هو حق انتفاع مدى حياة المستفع أو حق رقة انفصل عن حق انتفاع مدى حياة المستفع ، فإن هذا بيع احتمالى ، لكن يجوز أن يدخله الذبح (أنظر في تطور هذه المسألة في القضاء الفرنسى وانتهائه إلى إقرار هذا المبدأ بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٩ : وأنظر كولان وكايتان ٢ فقرة ١٠٥٢ - أنسيكلويدى : الورع لفظ vente فقرة ١٨٩ - فقرة ٤٩٧ - الأستاذ عبد الحميد البدرائى فقرة ٣٥ ص ٦١ - ص ٦٢ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ٥٨ - الدكتور توفيق فرج في نظرية الاستغلال رسالة من الاسكندرية سنة ١٩٥٧ ص ٢٦٠ - ص ٢٧٢ - وقارن الأستاذين نجيب الهلال وسام زك فقرة ٤٧٧) .

(٢) فلا يشترط في الذين أن تكون إرادة المبيعون معينة : بل يصح أن يكون من بيعة من أمره غير مضبوط عليه وقد باع مختاراً بهذا الثمن الفاحش . أما في الاستغلال فلا بد أن يكون قد استغل في المبيعون طيلة البين أو هوام الجامع . ومن ذلك نرى أن دعوى الغبن ترجع في طبيعتها لا إلى عيب في الإرادة ولا إلى نقص =

والعبرة في تقويم العقار، لحساب مقدار ما وقع من غبن ، بوقت البيع (١) ، لا بوقت الطعن بالغبن . فاذا كانت قيمة العقار ألفاً وبيع بسبعائة ، كان هناك غبن يزيد على خمس قيمة العقار وقت البيع . ومن ثم يجوز الطعن في هذا البيع بالغبن ، واستكمال المائة التي يقل بها الثمن عن أربعة أخماس القيمة ، حتى لو نزلت قيمة العقار وقت الطعن بالغبن إلى سبعمائة فأصبح الثمن مساوياً لقيمة العقار وقت رفع الدعوى .

وكذلك العبرة بالثمن الذي يستحقه صاحب العقار المبيع ، ولا تدخل المصروفات فهي لا تعود على صاحب العقار بفائدة (٢) .

ب - ما يترتب من الأثر على تحقق الغبن الفاحش

٢٢٣ - وهو تشكك الثمن : ليس الغبن سبباً من أسباب إبطال البيع وإنما هو سبب لتشكك الثمن (٣) . ذلك أن المشرع لا يسمح بأن يباع عقار غير كامل الأهلية بأقل من أربعة أخماس قيمته ، فاذا بيع بأقل من ذلك

= في الأهلية ولا إلى تخلف السبب جزئياً ولا إلى مسئولية تقصيرية ، وإنما ترجع إلى فكرة التبادل ما يبرز المبيع والثمن ، ولذلك جاء الكلام فيها بعد انكلام في تقدير الثمن ، وهكذا قبل التقنين المدني الجديد . والقانون عندما يتطلب هذا التبادل في حالة القاصر والمحجور لا يتسامح إلا في يسير لا يزيد على خمس القيمة ، ولذلك كان الغبن الفاحش عيباً في العقد ذاته أى في التبادل ما بين المبيع والثمن (الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ١٥٢ - وقارن الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٤٧ - ص ٤٩) .

(١) كذلك إذا كان البيع إنما وقع تنفيذاً لوعده سابق بالبيع ذكر فيه الثمن ، فالعبرة بقيمة العقار وقت ظهور رغبة الموعود له ، بالبيع في شراء العقار ، إذ في هذا الوقت يتم البيع . ولا يعتد بوقت الوعد بالبيع ، وقد ترتفع قيمة العقار أو تنخفض كما قد تتغير قيمة العملة ، والاعتبار في كل ذلك إنما يكون بالوقت الذي يتم فيه البيع أى عند ظهور رغبة الموعود له الشراء (دكتور ويل وريير وهامل ١٥ فقرة ٢٤٤) .

(٢) دكتور ويل وريير وهامل ١٥ فقرة ٢٤٣ ص ٢٩٥ .

(٣) منشور وطنى ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ الخامسة ٤ رقم ١/١٨١ ص ١٥٠ - استئناف مخطط ٣٠ مايو سنة ١٩٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ .

لم يطلّ البيع ، ولكن يستكمل الثمن إلى أن يصل إلى أربعة أخماس القيمة (١) . وبذلك يتحقق غرض المشرع من أن غير كامل الأهلية لا ينبغي في أكثر من الخمس ، وهو المقدار الذي يتغابن فيه الناس عادة . ولا يكون الغبن سبباً في إبطال البيع ، إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس (٢) .

والذي يرفع الدعوى هو صاحب العقار المبيع ، بنفسه أو بورثته من بعده أو بواسطة وليه . يرفعها بنفسه عند بلوغه من الرشد وإجازته للبيع إذا كان هو الذي باشر . فإذا مات قبل بلوغ من الرشد أو بعد بلوغه هذه السن وقبل تقادم دعوى الغبن ، رفعها ورثته من بعده (٣) . ويرفعها وليه نيابة عنه إذا كان هو لا يزال قاصراً ، سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الولي بعد إذن المحكمة (٤) . وترفع الدعوى على المشتري أو ورثته ، لأن تكملة الثمن التزام في ذمة المشتري (٥) . وترفع أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المشتري ، لأنها دعوى بحق شخصي (٦) . وعلى المدعى ، أي صاحب العقار

(١) فإذا كان الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة ، قدرت تكلة الثمن وفقاً لحساب المنتج في شركات التأمين (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٠٢ هاشر ٣) .

ولم ينص التقنين المدني المصري ، كما نص التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٨٢) ، على أن للبائع المطالبة أيضاً بفوائد تكلة الثمن بالسعر القانوني من وقت المطالبة القضائية بتكلة الثمن . فلا بد من اتباع الأواعد العامة في مصر ، فلا تكن المطالبة القضائية بتكلة الثمن لاستحقاق للفوائد بالسعر القانوني ، بل لابد من المطالبة القضائية بالفوائد ذاتها .

(٢) استئناف مغلط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .

(٣) والدعوى لا تنجز ، فإذا ندد الورثة وجب أن يتفقوا جميعاً على رفعها (بلانيول وهامل ١٠ فقرة ٢٤٠ ص ٢٩١) .

(٤) استئناف مصر ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٤ ص ١١٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٦ ص ٦٣ - وقارن الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد رك فقرة ٤٧٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٧٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١١١ .

(٥) وإذا أخذ شفيح العقار بالشفعة ، حل محل المشتري في الالتزام بتكلة الثمن ، ورفضت ادعوى عليه (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٦٥ ص ٨٦) .

(٦) أما في فرنسا فهي دعوى فسخ يتفادها المشتري بتكلة الثمن ، ومن ثم فهي دعوى مغلطة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٧ ص ١٨٤) .

المبيع ، أن يثبت حقه في تكملة الثمن ، فيثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة ، وله أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع . فإذا أثبت ذلك ، حكم القاضي على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع . ولصاحب العقار أن ينفذ هذا الحكم على جميع أموال المشتري ، ويدخل في ذلك العقار المبيع ذاته ، لأن الحق شخصي في ذمة المشتري كما قدمنا فجميع أماله ضامنة للوفاء به . بل إن تكملة الثمن - وهي جزء من الثمن - تكون مكفولة أيضاً بحق امتياز البائع على العقار المبيع (١) . فإذا بقي العقار في ملك المشتري ، فإن البائع بحاله من حق امتياز يتقدم فيه على سائر دائني المشتري ويستوفي حقه قبلهم من ثمن هذا العقار . أما إذا تصرف فيه المشتري ، معاوضة أو تبرعاً ، فللبائع أن يتبعه في يد الغير بحق امتيازهِ إذا كان قد قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشتري .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدني ، كما رأينا ، على أن ونسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب النبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع . وقد جعل التقنين المدني الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات - وكان التقنين المدني السابق يجعلها سنتين (٢) حتى ينسق التشريع في دعاوى الإبطال مع دعوى تكملة الثمن (٣) . فإذا كان صاحب امتياز المبيع صيباً ، فالولي أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال المدة التي يبقى فيها الصبي غير كامل الأهلية ، حتى إذا بلغ سن الرشد فله هو أن يرفع دعوى تكملة الثمن في خلال الثلاث السنوات التي تلي بلوغه هذه السن . فإن مات قبل انقضاء الثلاث السنوات ، كان لورثته رفع الدعوى في المدة الباقية .

(١) ويجب شهر حق الامتياز من طريق قيد تكميل يأخذ مرتبته من وقت القيد (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٥) .

(٢) فإذا كانت دعوى النبن قد تقدمت بسنتين قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو يوم تقدم التقنين الجديد ، فإنها تسقط . أما إذا كانت مدة السنتين لم تنقض في هذا اليوم ، صحت أحكام التقنين الجديد وأكلت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات .

(٣) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٩ - وانظر آنفاً فقرة ٢١٧ في الهامش .

وإن مات قبل بلوغه سن الرشد ، فللورثة رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته . والمدة مدة تقادم لأمدة سقوط ، فيرد عليها من أسباب الانقطاع ما يرد على سائر مدد التقادم . ولكنها لا توقف ، لأن التقادم الذي لا تزيد مدته على خمس سنوات لا يرد عليه الوقف بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثل (م ٢/٣٨٢ مدني) . أما إذا كان صاحب العقار محجوراً عليه ، فإنه يكون للقيم أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال مدة الحجر . فإن مات صاحب العقار وهو لا يزال محجوراً عليه ، فلورثته رفع الدعوى في خلال ثلاث سنوات من وقت موته . وإذا رفع الحجر كان لصاحب العقار نفسه أو لورثته من بعده رفع الدعوى في خلال الثلاث سنوات التي تلي رفع الحجر على النحو الذي تقدم في شأن القاصر (١) .

وقد قلنا أن دعوى تكملة الثمن قد يقترن بها دعوى إبطال البيع لنقص الأهلية (٢) . ودعوى الإبطال هذه تسقط هي أيضاً بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من وقت موت البائع ، فمدة التقادم واحدة لكل من الدعويين .

٢٢٤ - دعوى الفسخ : ولصاحب العقار المبيع إذا لم يدفع له المشتري تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه ، أن يطلب أيضاً فسخ البيع ، شأنه في ذلك

(١) ونقول المذكورة الإبضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وتسقط الدعوى بثلاث سنوات من وقت الأهلية الكاملة أو من وقت وفاة غير كامل الأهلية ، وتنتفل الدعوى في هذه الحالة إلى الورثة ، ولا يوقف التقادم حتى لو كان بين الورثة من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب شرعي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠) .

ويلاحظ أنه إذا بلغ البائع سن الرشد أو انتهى الحجر فبدأ سريان مدة الثلاث سنوات ، فإن هذه المدة لا تنقضي ولو حجر في خلالها على البائع ، لأن الوقف لا يرد عليها كما سبق القول (الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٤٧٦) .

ويجوز بعد أن يستكمل البائع أهليته أن ينزل عن دعوى تكملة الثمن وعن دعوى الإبطال . أما وهو لا يزال غير كامل الأهلية ، فلا يجوز له ذلك ، بل لا يجوز ذلك أيضاً للورث ولا للمحكمة (الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٤٧٣) .

(٢) أما دعوى الاستفلال فتسقط لكامل الأهلية ، إذ أن غير كامل الأهلية ليس في حاجة إليها وعنده ما هو أقوى منها وهي دعوى الإبطال (قانون الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٤٧) (م ٢٦ - الوسيط ج ١)

شأن كل بائع لم يستوف الثمن بأكله (١). فإذا فسخ البيع ، استرد البائع العقار ورد ما قبضه من الثمن ، ولكن له أن يطلب الحكم على المشتري بتعويض (٢) .

ويسترد البائع العقار بعد الفسخ من تحت يد المشتري . فإذا كان المشتري قد نصرف في العقار مداوذة أو تبرعاً ، فإن المنصرف إليه إذا كان حسن النية - وحسن النية مفروض فيه (٣) - لا يصيبه ضرر من دعوى الفسخ . ذلك أن دعوى تكملة الثمن وما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضرراً بالغير حسن النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع (م ٢/٤٢٦ ملغى) (١) . ومن ثم لا يستطيع البائع أن يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية ، ولا يبنى له إلا الرجوع بالتعويض على المشتري (٥) . فإذا استطاع البائع أن يثبت سوء نية الغير أى أن يثبت أن الغير كان يعلم وقت تعامله مع المشتري بقيام دعوى تكملة الثمن ، جاز له بعد فسخ البيع أن يسترد العقار من تحت يد الغير سبي النية .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « فإذا حكم بالتكلة ، ولم يدفعها البائع ، جاز فسخ البيع - لا إبطاله - تطبيقاً للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠) . ولصاحب العقار المبيع كذلك أن يمنع من تسليم المبيع إلى المشتري ، إذا كان لم يسلمه إياه ، وذلك إلى أن يستوفى تكملة الثمن ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد . (٢) فإذا كانت قيمة العقار قد نزلت إلى أقل من أربعة أخماسها ، واسترد البائع العقار ، كان له أن يطلب تعويضاً هو الفرق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وقيمه بعد النزول . (٣) ولكنه يعتبر سبي النية من وقت أن يسجل البائع عريضة دعوى الفسخ ، فإذا لم يكن المنصرف إليه قد شرفه العيني - ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو غير ذلك - قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ ، سرى الفسخ في حقه . أما إذا كان قد شرفه حق تسجيل عريضة دعوى الفسخ ، فلا يسرى في حقه الفسخ إذا كان حسن النية ، فإن كان سبي النية سرى الفسخ في حقه .

(٤) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠ . (٥) ولا يمكن في التعويض باستكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع ، بل يطلب قيمة المبيع كاملة إذا كانت هذه القيمة لم تنزل . ذلك أن البائع بعد الحصول على حكم بفسخ البيع ، انتقل حقه من استكمال الثمن إلى استرداد المبيع ذاته ، فإن تغذر عليه الاسترداد بفعل المشتري وجب حل هذا تعويض كامل أى دفع قيمة المبيع (قارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٥٥) .

وحتى من البيان أن دعوى الفسخ مستقلة عن دعوى نكلة الثمن ، وإن كانت تقوم نتيجة لها (١) . فلا تسقط دعوى الفسخ إلا بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ أى من وقت امتناع المشتري عن دفع نكلة الثمن ، وهذا بخلاف دعوى نكلة الثمن فانها تسقط بثلاث سنوات على التفصيل الذى قلناه .

(١) وفى القانون الفرنسى ، كما رأينا ، يطلب البائع فسخ البيع ، فيستطيع المشتري أن يتخاض الفسخ بتكلة الثمن . فالبائع فى القانون الفرنسى يبدأ بدعوى الفسخ ، وينتهى بتكلة الثمن . أما البائع فى القانون المصرى فيبدأ بدعوى تكلة الثمن ، وينتهى بالفسخ .

الفصل الثاني

الآثار التي تنرب على البيع

٢٢٥ - تطبيق القواعد العامة: البيع عقد ملزم للجانبين ، فالآثار التي تنرب عليه هي التزامات في جانب البائع والتزامات مقابلة في جانب المشتري (١). ونبحث هنا التزامات البائع ، ثم التزامات المشتري (٢).

(١) فإذا لم يتم أحد المتبايعين بالتزاماته ، جاز للأخر وفقاً لقواعد العامة ، فسخ البيع . وجاز له أيضاً حبس المبيع إذا كان هو البائع ، أو حبس الثمن إذا كان هو المشتري . والبائع حق امتياز على المبيع يكفل له استيفاء الثمن بأكمله ، ومحل بحث عند الكلام في حقوق الامتياز . (٢) ويلاحظ أنه في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري تسري القاعدة التي تقضى بأن يكون التفسير لمصلحة الملتزم ، فيكون تفسير التزامات البائع لمصلحة البائع وتفسير التزامات المشتري لمصلحة المشتري . وقد نصت المادة ١٦٠٢ من التقنين المدني الفرنسي بأن التفسير يكون دائماً لمصلحة المشتري ، وقد اعتبر القضاء الفرنسي هذا النص استثناء فلم يتوسع في تطبيقه ، وقصره على الشروط المألوفة في المبيعات ، أما الشروط غير المألوفة التي تعهد بها البائع فتم لمصلحته (بودرى وسينا فقرة ٢٨٣ - فقرة ٢٨٤ - وانظر آنفاً فقرة ٢٤) .

وقد كان القضاء المختلط يفسر البيع لمصلحة المشتري إذا تطرق الشك إلى بيان الشيء المباع مع أن هذا داخل في التزامات البائع فكان ينبغي أن يفسر لمصلحة لا لمصلحة المشتري . وكان هذا القضاء يستند في ذلك إلى أن البائع أدرك بالشيء المباع ، فإذا لم يبينه بياناً كافياً فهو المقصر وفسر الشك له . (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٥ - ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأنه إذا أخذ المشتري كل حاققه قيمة الرهن الذي يشغل العين المبيعة ، فالفرق بين قيمة الرهن الحقيقية والقيمة المسماة في هذا البيع يفيد منها المشتري لأن الشرط يضر لصالحه (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢) . وكان القضاء المختلط يجري بذلك على حكم نص التقنين المدني الفرنسي ، مع أن نص المادة ١٦٠٢ من هذا التقنين لم تنقل في التقنين المدني المختلط . حل أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت مع ذلك في حكم لها بأن القواعد العامة هي التي تسري في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري ، فالتك في الثمن يفسر لمصلحة المشتري والشك في المبيع يفسر لمصلحة البائع (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٥) .

وقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه متى تبين أن محكمة الموضوع قد فسرت شروط البيع في =

الفرع الاول

التزامات البائع

٢٢٦ - التزامات أربعة : يلتزم البائع بموجب عقد البيع ذاته دون حاجة إلى اتفاق خاص ، بالتزامات أربعة : (١) نقل ملكية المبيع إلى المشتري (٢) تسليم المبيع له (٣) ضمان التعرض والاستحقاق (٤) ضمان العيوب الخفية (١) .

المبحث الأول

نقل ملكية المبيع

٢٢٧ - المقصود بالبيع - نفي النصوص القانونية : قدمنا (٢) أن المبيع قد يكون حق ملكية وهو الغالب ، وقد يكون - تمأ عيناً آخر متضرعاً من حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر ، كما يكون حقاً شخصياً فيسمى البيع عندئذ بحالة الحق ، بل قد يكون المبيع حقاً معنوياً كحقوق المؤلف والملكية الفنية والملكية الصناعية .

= خصوص تحديد كية المبيع نصبر أسانفاً لم تخرج به عن حد حمل عباراتها على ما يمكن أن تحتله ، ودعمت حكمها في هذا الخصوص بما يؤيده من اعتبارات معقولة ، فإن ذلك مما يدخل في السلطة التقديرية للمحكمة الموضوع التي لا رة أن لمحكمة النقض عليها (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٩ ص ٢٢٣) .

(١) وقد أورد تقنين الموجبات والفوتد البناني النصوص المتعلقة بانتقال ملكية المبيع في فصل خاص ، ثم أورد بعد ذلك سائر التزامات البائع ، بعد أن جمع على غرار التقنين المدني الفرنسي بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمن العيوب الخفية تحت عبارة « ضمان المبيع » ، فنص في المادة ٤٠١ م (أنظر أيضاً المادة ١٦٠٣ مدني فرنسي) على ما يأتي : « هل البائع واجباً أساسياً : أولاً تسليم المبيع . - ثانياً . ضمان المبيع » .

(٢) أنظر آتفاً فترة ١٠١ .

وفي جميع هذه الأحوال ينقل البيع الحق كما هو ، بمقوماته وخصائصه ، من البائع إلى المشتري طبقاً للقواعد والإجراءات التي قررها القانون . فيبيع الدار بترتب عليه نقل ملكية الدار إلى المشتري ، ويبيع حق الانتفاع بترتب عليه نقل حق الانتفاع (أو ملكية حق الانتفاع) ، ويبيع الحق الشخصي بترتب عليه نقل ملكية الحق الشخصي ، ويبيع حق المازن بترتب عليه نقل ملكية هذا الحق ، وهكذا . وهذا هو الذي نعنيه بنقل ملكية المبيع .

وقد نظم التقنين المدني نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في نصوص متفرقة : هي المواد ٢٠٤ إلى ٢٠٧ مدني والمواد ٤٢٨ إلى ٤٣٠ مدني والمواد ٩٣٢ إلى ٩٣٤ مدني ، وسنعرض لهذه النصوص فيما يلي . أما نقل الحق الشخصي - وهذه هي حوالة الحق - فقد عرض له التقنين المدني في المواد ٣٠٣ إلى ٣٢٤ مدني ، وقد سبق بحث حوالة الحق في الجزء الثالث من الوسيط فسنبعتها من بحثنا هنا . وكذلك نستبعد نقل الملكية المعنوية كحقوق المؤلف لأنها قرآين خاصة أشارت إليها المادة ٨٦ مدني إذ تقول : « الحقوق التي تزد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » .

فيبقى إذن للبحث نقل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرقة عن الملكية ، وذلك عن طريق عقد البيع . وهذه هي الحقوق التي نعنيها بلفظ « المبيع » ، فإذا قلنا نقل الملكية في المنقول أو في العقار ، قصدنا بذلك نقل الملكية في منقول أو عقار ، أو الحقوق المنترعة عن حق الملكية وتكون وافعة على منقول أو عقار . وعلى هذا الوجه نبحت ما يأتي : (١) نقل الملكية بوجه عام (٢) نقل الملكية في المنقول (٣) نقل الملكية بالعذر .

المطلب الأول

نقل الملكية بوجه عام

٢٢٨ - مسائل مهمات : لم يكن البيع في القديم يولد التزاماً بنقل الملكية ، فلم يكن عقداً ناقلاً للملكية . ولكنه تطور بعد ذلك تدرجاً ، حتى أصبح ينقل الملكية فنبحت في هذا الصدد مسائل ثلاثاً : (١) التطور التاريخي

للبيع كعقد ناقل للملكية (٢) تحليل معنى نقل الملكية (٣) ما يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما يترتب على نقل الملكية فعلاً .

١٥ - التطور التاريخي للعقد ناقل للملكية

٢٢٩ - البيع في القانون الروماني : كان البيع في القانون الروماني عقداً لا ينقل الملكية بذاته ، بل الذي كان ينقل الملكية هو وضع من الأوضاع المادية المعروفة في هذا القانون : الإشهاد (mancipatio) أو التنازل القضائي (jure in cesso) أو القبض (traditio) أو التقادم (usucapio) .

بل لم يكن البيع يترتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، وكان كل ما يلتزم به البائع بمجرد البيع - ما لم يوجد شرط صريح في العقد يلزمه بنقل الملكية - هو أن ينقل إلى المشتري حيازة هادئة بموجبها يضع يده على المبيع كالك دون أن يتعرض له أحد ودون أن يتعرض له البائع نفسه . فكان البائع ، إلى جانب التزامه بنقل هذه الحيازة ، يلتزم أيضاً بضمان التعرض الصادر من جهته هو أو الصادر من أجنبي . وكان هذا يعتبر كافياً لتحقيق الغرض الذي يستهدفه البيع ، فدام المشتري واضعاً يده على المبيع بحوزة حيازة هادئة ، ويستفيد به بجميع الطرق المنشروعة ، دون أن يتعرض له أحد في ذلك ، فما عليه ألا يكون مالكا وقد حوى في يده جميع الميزات التي يتوخاها من كسب هذه الملكية . وكان يترتب على ذلك أن البائع في القانون الروماني يصح أن يستبقى الملكية عنده دون أن ينقلها إلى المشتري ، والضمان الذي يكفل للمشتري تحقيق بغيته هو التزام البائع بعدم التعرض له . بل كان يترتب على ذلك أن الشخص كان يستطيع بيع ملك غيره ، وكان بيع ملك الغير صحيحاً مادام البائع ، دون أن يكون مالكا ، قادراً على نقل حيازة المبيع إلى المشتري على النحو الذي أسلفناه ، وقادراً في الوقت ذاته على منع أي عمل يكدر على المشتري حيازته إذ هو ضامن له التعرض والاستحقاق كما سبق القول .

على أن البيع في القانون الروماني ، إذا كان لا يلتزم بنقل الملكية ، كان من طبيعته نقلها . والدليل على ذلك أمران : (أولهما) أنه كان يجوز للمشتري

أن يشترط في عقد البيع على البائع أن ينقل له ملكية المبيع ، وكان هذا الشرط صحيحاً لأنه يتألف مع طبيعة البيع ، وعند ذلك كان على البائع أن ينقل ملكية المبيع للمشتري ولا يقتصر على نقل الحيازة المادية . (والأمر الثاني) أنه كان لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري ألا ينقل له ملكية المبيع ، فهذا الشرط يتنافى مع طبيعة البيع ، ومن ثم كان غير جائز (١) .

٢٣٠ - البيع في القانون الفرنسي القديم : وانتقلت أحكام

القانون الروماني في هذا الصدد إلى القانون الفرنسي القديم ، فكان البيع لا ينقل الملكية ولا يرتب التزاماً بنقلها . وبقي من طرق نقل الملكية ، وهي الأوضاع المادية التي كانت سائدة في القانون الروماني ، القبض وحده ، بعد أن احتج الإشهاد والتنازل القضائي . فكان البيع في القانون الفرنسي القديم ينقل إلى المشتري حيازة هادئة على أساس أنه مالك ، ولم تكن الملكية تنتقل إليه إلا بالقبض ، ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً في هذا القانون . وبقي القانون الفرنسي القديم على هذا النحو إلى آخر مراحلها ، حتى أن بوتييه ، وهو الفقيه الذي ختم عهود القانون الفرنسي القديم ، لم يدخل في تعريف البيع أنه ينقل الملكية إلى المشتري (٢) .

على أن تطور القانون الفرنسي القديم طوال مراحلها أدى إلى أن يكون البيع

(١) والسبب في أن القانون الروماني لم يكن يجعل البيع ناقلاً للملكية أن حق التملك كان مقصوراً على المواطن الروماني . ولما ألزمت ضرورات التعامل مع غير المواطنين الرومانيين ، رُجِبَ التوفيق بين هذه الضرورات وبين القواعد القانونية العتيقة ، جعل أثر البيع مقصوراً على تمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع ، وبهذا تيسر التعامل مع غير المواطنين الرومانيين (كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٠٨) .

(٢) فقد عرف بوتييه "بيع على النحو الآتي : البيع عقد بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين ، وهو البائع ، نحو المتعاقد الآخر أن ينقل إليه شيئاً يحوز به كمالك (lui faire avoir librement à titre de propriétaire une chose) فمن هو مبلغ معين من النقود ، ويلتزم المتعاقد الآخر ، وهو المشتري ، في مقابل ذلك أن يدفع الثمن (بوتييه في عقد البيع فقرة ١) ، ويقول بوتييه ، في تعليقه على هذا التعريف ، إن البائع يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري وبضمان التضرر والاستحقاق ، ولكنه لا يلتزم بنقل الملكية فعلاً إلى المشتري (بوتييه في البيع فقرة ١ - وانظر بودري وسينيا فقرة ٦ ص ٥) .

صيلا غير مباشر لنقل الملكية ، لا لأنه كان يرتب التزاماً بنقل الملكية ، بل لأن التعامل قد جرى على أن تنتقل الملكية إلى المشتري بالقبض . ثم أُلّف الناس أن يجعلوا هذا القبض أمراً ضرورياً ، فكانوا يكتبون في بيعاتهم أن القبض قد تم (clause de dessaisine-saisine, vest et devest) فكان من وراء هذا القبض الصوري أن تنتقل الملكية إلى المشتري ، والمنفروض أنها انتقلت بالقبض ، والواقع أنها انتقلت بذكر حصول القبض في العقد . على أن ذكر حصول القبض مالبث أن أصبح هو أيضاً شرطاً مألوفاً (clause de style) في عقد البيع .

٢٣١- البيع في الفقه الإسلامي : وقد جاوز الفقه الإسلامي هذه المرحلة التي وصل إليها القانون الفرنسي القديم ، فجعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة ، ويصبح المشتري للمقار أو للمنفول مالكا للمبيع بمجرد العقد . وقد جاء في البدائع (١) : « وأما بيان صفة الحكم فله صفتان . . الثانية الحاول ، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال ، لأنه تملك بتمليك ، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال ، فيقتضى ثبوت الملك في البدلين للحال . بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ، فيمنع وقوعه تملكياً للحال . وبخلاف البيع الفاسد ، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض ، فيصير تملكياً عنده . » وبين من هذا النص أن العقد ذاته هو الذي ينتقل الملك ، وفي ذلك يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في الفقه اللاتيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد ، أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع في الفقه الإسلامي أن يملك المشتري التصرف في المبيع بمجرد البيع ، حتى قبل القبض . وهذا هو مذهب مالك (٢) ، أما عند الشافعية والحنابلة فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع

(١) جزء ٥ ص ٢٤٢ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢ ص ١٢٥ .

قبل قبضه سواء كان منقولاً أم عقاراً (١) . وأما عند الحنفية فلا يجوز للمشتري التصرف في المنقول قبل قبضه إذ يجوز أن يتلف قبل القبض فيبطل البيع بذلك ويؤدي إلى الضرر بالمشتري الجديد ، ويجوز التصرف في العقار قبل قبضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن هلاك العقار غير محتمل (٢) .

ربما يخلص مما تقدم أن الملك ينتقل بالبيع في الفقه الإسلامي ، ولكن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً ، فهو الذي يطفى بد المشتري في التصرف في أكثر المذاهب على ما رأينا .

٢٣٣ - البيع في القانون المحدث - القانون الفرنسي والقانون

المصري : ولما رأى واضعو تقنين نابليون إلى أين انتهى التطور في القانون الفرنسي القديم على النحو الذي أسلفناه ، خطوا آخر مرحلة من مراحل هذا التطور ، فجعلوا البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري . وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي لا تزال تحمل أثر القانون الفرنسي القديم (٣) ، إلا أن سائر النصوص في هذا التقنين قاطعة في أن البيع أصبح بذاته ناقلاً للملكية . من ذلك المادة ١٥٨٣ مدني فرنسي وهي تقول : . . يكسب المشتري من البائع قانوناً ملكية المبيع ، بمجرد اتفاقهما

(١) ويذكرون لتعليل ذلك أسباباً مختلفة : منها أن انتقال ملك المبيع إلى المشتري لا يتأكد إلا بالقبض ، فإذا تأكد بالقبض استطاع المشتري أن ينصرف فيه . ومنها أن المبيع قبل القبض يكون في ضمان البائع لا في ضمان المشتري ، ولا يجوز للمشتري أن يبيع ما ليس في ضمانه . ومنها أن المشتري الذي يبيع ما لم يقبض لا يكون قادراً على التسليم ، فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه ليكون قادراً على تسليمه . انظر الأمل للشافعي جيزه ٣ ص ٦٠ - فتاوى ابن تيمية ٤ ص ٧٤ - ص ٧٥ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨٤ - ص ٨٥ .

(٣) إذ تعرف البيع على الوجه الآتي : * البيع اتفاق بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين بتسليم المبيع ، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه . وهذا هو الأصل الفرنسي للنص :

Art. 1582 : La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.

هل المبيع والثمن ، ولو كان المبيع لم يسلم . الثمن لم يدفع (١) .
وجاءت نصوص التقنين المدني المصري - القديم والجديد - صريحة في أن
البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٢) .

ومن ثم صار يبيع ملك الغير لا يتلاءم مع طبيعة البيع بعد أن أصبح البيع
ناقلاً للملكية ، فجاءت النصوص صريحة في بطلان بيع ملك الغير في كل من
التقنين المدني الفرنسي والتقنين المدني المصري ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً .

٢٥ - تحليل معنى نقل الملكية

٢٣٣ - الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعمل : يجب التمييز
بين ترتيب البيع لالتزام بنقل الملكية وبين تنفيذ هذا الالتزام بنقل الملكية فعلاً ،
وإن كان الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه كقاعدة عامة فوراً بمجرد نشوئه . على
أنه قد سبق تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أعمال تهديدية يلتزم بها البائع ، ولا بد
هل كل حال من توافر شروط معينة حتى يتم نقل الملكية فعلاً . فاذا قام البائع بما
هسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التهديدية لنقل الملكية ، وتوافرت الشروط
الواجبة لنقلها ، انتقلت فعلاً من البائع إلى المشتري بحكم القانون وقد كسبها
المشتري بعقد البيع .

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي لنصر :

Art. 1583 : ... la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard
du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la
chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

وانظر أيضاً المادتين ٧١١ و ١١٣٨ من التقنين المدني الفرنسي ، وانظر الأعمال التحضيرية
للتقنين المدني الفرنسي وهي تصرح بأن هذا التقنين جعل البيع ينقل ملكية المبيع من تلقاء نفسه
(بودرى وسيزيا فقرة ٨ - فقرة ١٠) . وهذا لا يمنع من أن تكون هناك إجراءات تلابس
عقد البيع لينقل الملكية ، إما بالنسبة إلى الغير ، أو حتى فيما بين المتعاقدين . فتسجيل عقد البيع
في المقار ضروري في القانون المصري : لا فحسب لنقل الملكية في حق الغير ، بل أيضاً لنقلها
فيما بين المتعاقدين .

(٢) فنصت المادة ٣٠٠/٢٣٥ من التقنين المدني السابق هل أن « البيع عقد يلتزم به أحد
المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما » .
وفنصت المادة ٤١٨ من التقنين المدني الجديد هل أن « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري
ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » .

فتكلم إذن في القاعدة التي تقضى بأن الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون ، وفي التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، وفي الشروط الواجب توافرها لنقل الملكية فعلاً .

٢٣٤ - الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون :

جرى للتقنين المدني المصري على تقاليد القوانين اللاتينية في الطريقة التي بموجبها ينقل البيع الملكية إلى المشتري . فالبيع ينشئ أولاً التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ثم يتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون ، إذا توافرت الشروط المطلوبة ، فننتقل بالملكية فعلاً إلى المشتري . فيبدو أن نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع ، ولكن نقل الملكية من ناحية الصناعة الفنية ليس إلا تنفيذاً للالتزام بنقلها ، والأثر المباشر لعقد البيع هو إنشاء هذا الالتزام .

فالقاعدة إذن أن الالتزام بنقل الملكية بنقل الملكية من تلقاء نفسه متى قام البائع بما عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقلها ، ومتى توافرت الشروط الواجبة لذلك . وهذا ما قرره المادة ٢٠٤ مدني إذ تقول : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ثم أكدته المادة ٩٣٢ مدني وأحالت على النص السالف اذكر إذ تقول : « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والمعار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » (١) .

وقد سبق أن عالجت هذه المسألة في الجزء الثاني من الوسيط (٢) ؛ فكتبنا ما يأتي : « وبلاحظ أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل

(١) وقد نصت المادة ٢٩٢ من تقنين الموجبات والمقود البناني على ما يأتي : « إن بيع المنقول أو الحقوق العينية المترتبة على أى عقار لا يكون له معمول حتى يبرر المتعاقدين إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري » . ونصت المادة ٣٩٤ من نفس التقنين ما يأتي : « إن المشتري يكتب حيناً ملكية المبيع إذا كان عيناً معينة عندما يصبح لبيع تاماً باتفاق المتعاقدين ، ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف كالنص الوارد في المادة السابقة . ويكون الأمر كما تقدم حتى في الحالاتين الآتيتين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مربوطاً بأجل . ثانياً - إذا كان البيع منعقد على شرط الإنهاء » .

(٢) فقرة ٤١٦ .

الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه . - تلقاء نفسه فننقل الملكية إلى المشتري بحكم القانون ، وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تختلف عن تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد . - ثم كتبنا في الحاشية « وبذهب بنكاز Bonnecase إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته بنقل الملكية دون افتراض التزام وهو م سبق نقل الملكية ، وينقص بمجرد أن ينشأ . ويمكن للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله بنقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر : أنظر التصرف القانوني والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧ . على أنه في بلد تتبع نظام السجل العقارى Livre Foncier يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه ، يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد في السجل العقارى . وفي فترة الانتداب التى تحتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقارى يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية باس ، فالعقد يثبىء التزاما بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل . »

فلما إنه قد توحّد أعمال ضرورية يلتزم البائع القيام بها تمهيداً لنقل الملكية ، وهناك شروط يجب توافرها حتى يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فوراً بحكم القانون فننتقل الملكية فعلاً إلى المشتري ، فما هى هذه الأعمال ؟ وما هى هذه الشروط ؟

٢٣٥ - التزام البائع بالأعمال التمهيديّة الضرورية لنقل

الملكية - نص قانونى : تنص المادة ٤٢٨ من القانونين المذكورين على أنه « يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، وأن

(١) قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباق فترة ١١ ص ١٥ - ص ١٦ وفترة ٨٠

٢. عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً (١) .

فقد تكون هناك أعمال ضرورية ، إيجابية أو سلبية ، لا بد أن يقوم بها البائع أو يكف عنها حتى ؛ كمن أن ينتقل الحق المبيع (٢) إلى المشتري . وتورد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أمثلة لهذه الأعمال فنقول : قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية ، إيجابية أو سلبية ، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسراً . من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل ، وتصديق البائع - إمضائه تمهيداً لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع ، وفرز المثلثات ، والامتناع عن التصرف في العين تصرفاً يضر بالمشتري (٣) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : يلزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديا . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٢ - ص ٤٣) . ولا مقابل لهذا النص في النص المدنى السابق ، ولكن حكمه كان معسولاً به دون نص لا تتوافق مع القواعد العامة .

ويقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدنى السورى المادة ٣٩٦ (مطابقة) ، وفي التفتين المدنى الليبي المادة ٤١٧ (مطابقة) ، وفي التفتين المدنى العراقى المادة ٥٣٥ (مطابقة) ، ولا مقابل لها في تفتين الموجبات والعقود البنائى ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة في القانون البنائى . انظر في القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٩ - فقرة ٩٠ ، وفي القانون المدنى العراقى الأستاذ عباس حنين المراف فقرة ٢٩٨ - فقرة ٢٩٩ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في عبارة « الحق المبيع » : « وهذه عبارة عامة لا تقتصر على نقل الملكية ، بل تشمل أى حق عيني أو شخصي يقع عليه البيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٣) . وبديهي أن التزام البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق يقصد به أن يفرم بما هو ضرورى من جانبه ، ولا شأن له بما يجب على المشتري أن يقوم به لنقل الملك (قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٢٩ هامش ١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٣ .

حق الإرث الواجب حصره قبل تسجيل البيع (١) ، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كسندات ملكية البائع وشهادة الضريبة العقارية وبيان بحدود العقار . ومثلها في المقول إفراز المبيع إذا لم يكن معبأً إلا بجنسه ونوعه ، لأن الملكية في هذه الحالة لا تنتقل إلا بالإفراز . أما بيان ما على للعقار من حقوق وتكليف ، وشطب هذه الحقوق والتكاليف ، فهذا لا يبدو ضرورياً لنقل الملكية ، ولكنه لا يزال عملاً يلتزم به البائع ويدخل في التزامه العام بضمان الاستحقاق ، وسيأتي بيان ذلك . كذلك تقديم العقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري : كمقد إيجار واقع على العين المبيعة وثابت التاريخ بحيث يسرى في حق المشتري وبيان بما لا يزال باقياً في ذمة المستأجر . الأجرة ، ومقد رهن نقل به المبيع فأصبح للدائن المرتهن حق تتبع العين في يد المشتري (٢) ، ليس ضرورياً لنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وإن كان لا يزال التزاماً في ذمة البائع تابعاً لالتزامه العام بضمان الاستحقاق .

وأما الأعمال السلبية التي يلزم البائع الكف عنها حتى ينسبر نقل الملكية المشتري ، فمثلها أن يتصرف البائع في العقار بعد البيع بحيث يتمكن المشتري من التسجيل قبل المشتري الأول ، وأن يتصرف البائع في المقول بعد البيع وسلمه للمشتري الثاني إذا كان هذا حسن النية . فيجب أن يكف البائع عن هذه الأعمال ، إذ من شأنها أن تجعل نقل الملكية إلى المشتري مستحيلاً ، ويمكن أن يندرج هذا الالتزام أيضاً تحت الالتزام العام بضمان التعرض والاستحقاق كما سنرى . ومثل ذلك أيضاً أن يبلحق البائع بالمبيع تلفاً أو تخريباً بحيث تهلك العين هلاكاً كلياً أو جريئاً فتعذر انتقل ملكيتها خاصة إلى المشتري ، وهذا أيضاً

= وهو عمل لم يلتزم به ، أن يحدد في إداره يوماً للذهاب إلى ديوان المساحة (نقص مدني ٩ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقص ٢ رقم ٧٨ ص ٤٢٣) - أنظر أيضاً الأستاذ أورد سلطان فترة ١٥٢ .

(١) الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٩ .

(٢) وقد يستحق البائع سند الدين والرهن في يده لأنه لا يزال ملزماً بالدين ، ويعطى صورة من هذا السند المشتري .

يمكن إدخاله تحت التزام البائع بضمان التعرض (١). وهناك من الأعمال ما لا يجعل نقل الملكية للمشتري مستحيلاً ولكن يجعله عسيراً. وهذه أيضاً يجب على البائع أن يكف عنها. إذ النهى كما رأينا يلزمه أى يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً. مثل ذلك أن يخفى البائع مستندات ضرورية للتسجيل كشهادة الضريبة العقارية، فهذه يجوز للمشتري الحصول عليها ولكن بمشقة، فاختارها يجعل نقل الملكية شاقاً، ومن ثم يلزم البائع أن يكف عنه.

٢٣٦ - الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشتري :

فإذا قام البائع بالأعمال التمهيدية لنقل الملكية انتقلت الملكية فعلاً إلى المشتري بحكم القانون، وذلك إذا توافرت الشروط المذكورة في المادة ٢٠٤ مدني والمادة ٩٣٢ مدني السالفة الذكر. وهي شروط ثلاثة : (١) أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات. (٢) أن يكون مملوكاً للبائع. (٣) وألا يتعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين (٢).

أما أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات فهذا شرط طبيعي، فإن الملكية

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بمصدور قانون تقسيم الأراضي رقم ٢ لسنة ١٩٤٠، وأن امتناع المساحة من تسجيل العقار كان متوقفاً كآثر من آثار هذا القانون، فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل لتذرع بفسخ العقد لاستحالة التنفيذ، فإن ذلك يكون استخلاصاً موضوعياً سائفاً لارقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدني ٢٨ يولييه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٠ ص ٧٨٩).

(٢) هذه هي الشروط اللازمة لانتقال الملكية فعلاً إلى المشتري، ولا يشترط غيرها. فتنقل الملكية إلى المشتري إذا توافرت هذه الشروط، حتى لو كان متفقاً بين المتبايعين تأجيل تسليم المبيع، أو تأجيل دفع الثمن، أو دفعه أنساطاً على تفصيل سنوده فيما بعد، وحتى لو كان البيع مطلقاً على شرط فاسخ. أما إذا كان البيع مسماً على شرط واقف، فإن نقل الملكية يقف حتى يتحقق الشرط. وقد نعت المادة ٣٩٤ من تقنين أموجيات والعتود استدنى صراحة عن هذا الحكم كما رأينا إذ تقول : « ويكفي الأمر كاتقدم (أى يكسب المشتري ملكية المبيع) حتى في الخالفين الآتيين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مربوطاً بأجل. ثانياً - إذا كان البيع منعقداً عن شرط الإنهاء ».

لا تنتقل من شخص إلى آخر إلا في شيء معين بالذات . بل إن هذا الشرط لم يتسبح ذكره ضرورياً بعد ما قررنا من أن البائع يلتزم بالأعمال الضرورية التي تمهد لنقل الملكية ، فمن بين هذه الأعمال إفراز المبيع إذا لم يكن معيناً إلا بالنوع كما سبق القول ، فتنى ، قام البائع بالتزامه وأفرز المبيع ، فقد أصبح المبيع عيناً معينة بالذات وتوافر الشرط . على أن المبيع قد يكون غير معين بالذات في حالتي الآخرين : (الحالة الأولى) بيع شيء لم يصنع بعد ، كما إذا باع مصنع نسيج كيات من القماش لم يبدأ نسجها ، فيكون المبيع هنا شيئاً غير معين بالذات ، ولا يتصور أن تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بعد تمام نسجه . ولا يعتبر الغزل الذي يصنع منه النسيج ملكاً للمشتري ، بل يبقى ملكاً للمصنع إلى أن يتم نسجه ، ذلك أن المصنع لم يبيع غزلاً وإنما باع نسيجاً (١) . (الحالة الثانية) بيع

(١) فإذا تم صنع الشيء أو تقدم صنعه لدرجة تكفل لتعيينه ، وبأن ملكيته تنتقل إلى المشتري من هذا الوقت ولو قبل التسليم ، فيكون ضماناً لدائنيه ولا يجوز لصانع إنتاجه (بيدان ١١ فقرة ١٦٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٥) . وكان التفقه في فرنسا يذهب إلى أن ملكية الشيء الموصى بصنعه (chose à fabriquer) لا تنتقل إلا بتسليمه للمشتري وقبله منه ، فهو بيع على تسليم (vente à livrer) ، وذلك كالأثاث الموصى بصنعه يقع على ملك الصانع إلى أن يتم تسليمه للمشتري (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ - بلانيول وريبير وبولانجه ١ فقرة ٢٨٩٥) . ثم اتجه القضاء الفرنسي إلى أن نقل الملكية يتم بمجرد الانتهاء من صنع الشيء أو التقدم في صنعه بحيث يكون ذلك كافياً في تعيينه كما سبق القول ، ونرى قضاء بعض الفقهاء كما رأينا (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٥) . على أن يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن الملكية لا تنتقل إلا عند قبول المشتري الشيء الموصى بصنعه وتسليمه إليه ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من أن البائع هو الذي يورد الخامات التي يصنع منها الشيء (بيدان ١١ فقرة ١٦٧) .

وفي الأشياء التي تصنع على نموذج واحد (fabrication en série) يعتبر المبيع بعد الانتهاء من صنعه متعيناً بنوعه فقط ، ومن ثم يجب إفرازه بعد ذلك لتعيينه بذاته ، فتنتقل ملكيته من وقت الإفراز (بيدان ١١ فقرة ١٦٧ - ديمرج ٦ فقرة ٦٥ - كولان وكايتان ١ فقرة ١٩٧٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٥) .

وفي بيع الحمولات المستقبلية إذا كان البيع جزائياً ، تنتقل الملكية بمجرد الحصول : منذ بدء وجوده والتمتاده أو من وقت حصاده وجمعه بحسب قصد المتعاقدين ، ومنه الشك يكون من وقت الحصاد والجمع . وإذا كان البيع بالتقدير ، لم تنتقل الملكية إلا بالإفراز كما في سائر بيعوع بالتقدير (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٤)

يكون محله تخبيرياً (alternatif) ، فلا يتعين المبيع في هذه الحالة إلا عند ما يعمل صاحب الخيار خياره ، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا عندما يتم الاختيار . وقد رأينا عند الكلام في الالتزام التخيري أن أعمال الخيار له أثر رجعي فيستند إلى وقت البيع ، وتعتبر الملكية قد انتقلت من وقت البيع لا من وقت أعمال الخيار . أما لو كان الحل بدلاً (facultatif) ، فإن المبيع يكون معيناً بالذات من وقت البيع ويكون هو الشيء الأصلي لا البديل ، وإن كان يحق للبائع أن يبرئ ذمته من التزامه باعطائه البديل دون الشيء الأصلي (١) .

وأما أن يكون المبيع مملوكاً للبائع فهذا أيضاً شرط طبيعي . فملكه لا تنتقل إلا عن مالك . وإذا لم يكن البائع مالكا لم يستطع أن ينقل ملكية المبيع فإن فاقده الشيء لا يعطيه ، كما لا تنتقل الملكية عن المالك الحقيقي فإن هذا أجنبي عن البيع فلا يسرى في حقه . وقد بسطنا تفصيل القول في ذلك عند الكلام في بيع ملك الغير .

بقي الشرط الثالث ، وهو ألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين . أما القانون فيعلق نقل الملكية في العقار على التسجيل ، وفي المقول غير المعين بالذات على الإفراز ، كما رأينا . وكل من التسجيل والإفراز يدخل في الأعمال التمهيدية التي يلتزم بها البائع حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، كما سبق القول . وأما الاتفاق فقد يتم بين المتعاقدين على تأخير نقل الملكية إلى حين استيفاء شرط معين . يتفق المتبايعان مثلاً على ألا تنتقل الملكية إلا عند تسليم المبيع إلى المشتري أو إلا عند القيام بأجراءات معينة (٢) ، أو يكون البائع غير مالك للمبيع

= والانتاج انتهى لا تنتقل ملكيته إلى من اشتراه إلا إذا سلمه الفنان للمشتري أو وضعه تحت تصرفه ، لأن الفنان له وحده الحق في نشر إنتاجه متى أراضاه (الأستاذ عبد المنعم البدراني ، فقرة ١٧٦) .

(١) أنظر في كل ذلك بودري وسينيا فقرة ١١ - فقرة ١٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠ - فقرة ١١ .

(٢) ولا يعتبر البيع هنا معلقاً على شرط بل هو بيع منجز ، والمعلق على الشرط هو تنفيذ البيع لا انعقاده (لوران ٢٤ فقرة ٤ - أوبري ورو ٥ فقرة ٢٤٩ هامش ٣٩ - بودري وسينيا فقرة ١١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠) .

دقت البيع فينتق مع المشتري على تأخير نقل الملكية إلى أن يحصل هو عليها ، أو ينتق المتبايعان على ألا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد أن يوفى جميع أقساط الثمن وهذا هو البيع بالتقسيط . ونلاحظ فيما قدمناه أمرين : (الأمر الأول) مهما يكن شأن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ، فإن هذا لا يمنع عقد البيع من أن يرب في الحال التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية ، والذي يتأخر ليس هو نشوء هذا الالتزام بل تنفيذه . (والأمر الثاني) أن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس اتفاقاً على أجل تنتقل بعده الملكية ، بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية إلى حين تحققه . ذلك أن الملكية تستعصى طبيعتها على أن تنقن بأجل ، فالأجل يجعلها موقنة والملكية حتى دائم لا يحذف التوقيت (١) . فتأخير نقل الملكية إلى حين التسليم ولو عين للتسليم مدة محددة ، هو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم ، وليس تأجيلاً لنقل الملكية إلى حين انقضاء هذه المدة المحددة . وتأخير نقل الملكية إلى أن يحصل البائع عليها من المالك الحقيقي هو تعليق لنقل الملكية على شرط حصول البائع عليها ، وكذلك تأخير نقل الملكية إلى تمام وفاء أقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط وفاء الأقساط .

٢٣٧ - البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالسياسة من استيفاء الثمن -

أما : ومن أهم الصور العملية للاتفاق على تأخير نقل الملكية اتفاق المتبايعين على أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على الوفاء بجميع أقساط الثمن . وهذا هو البيع بالتقسيط أو الإيجار السائر للبيع لأن المتبايعين كثيراً ما يسميان

(١) وقد درج الفقه في مصر وفي فرنسا على التحدث عن اقتران الملكية بأجل . وفي رأينا ان هذه نظرية فقهية عبر سلبية . فالملكية كما قدسنا حتى دائم تستعصى طبيعتها على التوقيت ، والأجل توقيت فلا يجوز أن نقترن به الملكية . وإذا اتفق البائع مع المشتري مثلاً على ألا تنتقل إليه ملكية الدار المسبة إلا بعد سنة ينتفع بها البائع بسكنى الدار ، وجب تفسير قصد المتبايعين بأن البائع اشترط الاحتفاظ بحوزة الاستعاضة بالدار مدة السنة ، أما الرقبة فتنقل إلى المشتري دون انتظار انقضاء السنة . وهذا التفسير بين جميع الأمراض التي قصد إليها المتبايعان ، فقد احتفظ البائع بحقه في سكنى الدار سنة ، وانتقلت الملكية في الرقبة دون المنفعة إلى المشتري قبل انقضاء السنة . وإذا قلنا بغير ذلك ، وقررنا أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة ، انتفاعاً ورقبة ، مدة سنة ، فهل يزيد حقه بذلك شيئاً ، الواقع أنه يكون في نفس الوضع الذي احتفظ فيه لنفسه بحق الانتفاع فقط ، فهذا الحق وحده هو الذي يستطيع أن يستغله وأن يتصرف فيه أما ملكية الرقبة لمدة سنة فلا يفيد شيئاً ، ولا يجدي ملكية الرقبة إلا إذا كانت ملكية دائمة

البيع في هذه الحالة إيجاباً . وقد وردت المادة ٤٣٠ مدني ، كما رأينا ، في صدد هذا البيع إذ تقول : ١٥ - إذا كان البيع موحس الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . ٢ - فإذا كان الشئ يذوق أقسماً ، جاز للمتعاقدان أن يثقتا من أن يستقي البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يختص التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ . ٣ - فإذا وفت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع . ٤ - ونسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان السع إيجاباً .

ونقتصر هنا على إبراد النص ، وقد سبق تفصيل القول فيه ، فنكتفي بالإحالة على ما قدمناه في ذلك (١) .

٣٥ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية

وما الذي يترتب على انتفاؤها فعلاً

٢٣٨ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية : بقرار الضيق المدني كقاعدة عامة أن كل التزام بنقل حق عيني - وبسدرج نحت ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع - يتضمن في الوقت ذاته التزاماً بتسليم الشئ الذي تعلق به الحق العيني وبالمحافظة على هذا الشئ حتى يتم التسليم . وقد رأينا (٢) أن المادة ٢٠٦ مدني تنص في هذا الصدد على أن : الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم .

ويبين من ذلك أن التزام البائع بنقل ملكية المبيع يتضمن التزامين تبعيين ، أحدهما التزام بتسليم المبيع إلى المشتري وهو التزام بتحقيق غاية ، والثاني التزام

(١) أنظر آتفاً فقرة ١٠ - فقرة ٩٤ .

(٢) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٤ .

بالمحافظة على المبيع إلى أن يتم تسليمه للمشتري وهو التزام ببذل عناية (١) .
وسمى التبعية التي ألتبناها للالتزام بتسليم المبيع أهمية كبيرة في تحمل تبعة
هالك المبيع قبل التسليم . وذلك أن الالتزام بالتسليم ، إذا كان التزاماً تبعياً ، فإنه
يكون التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا يخلص المبيع مادياً للمشتري
إلا بتسليمه من البائع . ومن ثم إذا هلك المبيع قبل التسليم هلك على البائع ،
حتى لو كانت ملكية المبيع قد انتقلت قبل التسليم إلى المشتري ، فإهلاكه لا يكون
على المالك كما هو الأصل ، بل يكون على المدين بالتسليم .

وقد سبق أن كتبنا في هذا الصدد في الجزء الثاني من الوسيط (٢) : « فإذا كان
الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك
يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن
تنفيذاً للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم
في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ
لا تختص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو
مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة
في كل من البيع والقسمة ، (٣) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في تحمل
تبعة هلاك المبيع قبل التسليم (٤) .

(١) ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أنه إذا لم يتم تسليم المبيع
إلى المشتري ، ولو بغير خطأ البائع بل ولو بقوة قاهرة ، كان البائع مخلاً بالتزامه ، وينبغي
على ذلك فسخ البيع أو انقضاؤه وتحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم كما سنرى . ويمكن
الوصول إلى هذه النتيجة من طريق آخر ، هو انقول بتبعية الالتزام بتسليم المبيع على الوجه
أمر من ذكره . ويترتب على أن الالتزام بالمحافظة على البيع التزام ببذل عناية أن البائع يعتبر
قد قام بالتزامه إذا هو بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المبيع قبل تسليمه ، ولا يكون
مستولاً عن هلاك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً إلا بموجب التزامه بالتسليم على النحو الذي بيناه .
(٢) فقرة ٤٣١ .

(٣) وهذه هي أيضاً القاعدة في الفقه الإسلامي ، فالمبيع يهلك قبل التسليم على البائع ، ولر
أن الملكية انتقلت إلى المشتري .

(٤) وسنرى هناك أثر الإضرار في تحمل تبعة الهلاك (٢٠٧ مدني - الوسيط ٢ فقرة ٤٣٢) .
وانظر في تقنين الموجبات والمقود البناني المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ ، وهو كالنقنين المدني الفرنسي
يحمل المشتري باعتباره مالكاً تبعة هلاك المبيع قبل التسليم .

٢٣٩- ما الذي يترتب على انتقال الملكية فمعول للمشتري: فإذا توافرت الشروط الواجبة لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وهى الشروط السالفة الذكر، فأصبح المشتري مالكا للمبيع، ترتب على ذلك النتائج الآتية:

أولاً - يكون للمشتري حق التصرف في المبيع باعتباره مالكا له، ولو قبل أن يسلمه من البائع. ويستوى في ذلك العقار والمنقول (١). أما المنقول فظاهر، فهو عين معينة بالذات انتقلت ملكيتها إلى المشتري، فلهذا أن يتصرف في ملكه ولو قبل قبضه من البائع. وأما العقار فالمشتري لا يصبح مالكا له إلا إذا سجل عقد البيع، فإذا سجل العقد أصبح مالكا ولو قبل القبض، واستطاع أن يتصرف في المبيع وهو لا يزال في يد البائع (٢).

ثانياً - يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه باعتباره مالكا له، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من صراحة على ذلك، إلا نقول: ولما رتب ثمر المبيع

(١) وقد رأينا أن المشتري في أنظمة الفقه الإسلامى ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه، رغم من أنه أصبح مالكا له (انظر آتيا فقرة ٢٢١) وقد ورد النص المذكور المراق الفقه الإسلامى في ذلك، نصت المادة ٥٣٥ من هذا النسخ على أن: "المشتري أن يتصرف في المبيع، صفرا كان أو منفردا، بمجرد انتقال الملكية إليه ولو قبل القبض". وهذا هو الحكم أيضا في تدوين المرحلات والعمود السابق، إذ نص المادة ٢٩٥ من هذا النسخ على أنه: "يجوز للمشتري منه إتمام العقد، حتى قبل التسليم، أن يتصرف من المبيع، ما لم يكن ثمة اتفاق أو نص قانونى مخالف. ويجوز للبائع أن يرفع من حقه في الثمر قبل قبضه". وكذلك هذا هو الحكم في كل من النسخين المدنى السورى والنسخ المدنى اليسى، طبقا للقواعد العامة في هذين النسخين وهى نفس القواعد العامة في النسخ المدنى مصرى.

(٢) وهذا الحكم صحيح حتى لو لم يسجل عند البيع وكان المبيع لا يزال في يد البائع، فإن المشتري يستطيع حتى عند الحالة أن يتصرف في العقار، وبعد تسجيل البيع الأول يصبح مالكا فيكون التصرف الذى صدر منه قد صدر من مالك، إما بفضل الأثر الرجعى لتسجيل حل الرأى الذى يقول به، وإما باعتبار أن المشتري وثقت أن ما كان لا يملك ثم ملك بالتسجيل فيقلب البيع صحيحا طبقا لقواعد بيع ملك الغير السابق ذكرها.

وقد قصت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كانت حدود الأرض المبيعة فى هذه البيع تحدد الواقع، فالذى انتقلت ملكيته بالمبيع هو ما يمتدح مع التحديد الوارد فى عقد البيع لا التحديد الرافعى (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٦٠).

ونفاؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره (١) .

ثالثاً - إذا أسس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين المبيع باعتباره قد أصبح ملكاً له ، ولا يزاوجه في ذلك دائر البائع (٢) .

رابعاً - تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ، لافي حق المتبايعين رحدهما ، بل أيضاً في حق الورثة والدائنين . فوارث البائع لا يرث المبيع ، ولا يستطيع دائر البائع أن ينفذ على المبيع . وعلى العكس من ذلك يرث المبيع وارث المشتري ، ويستطيع دائر المشتري أن ينفذ على المبيع .

خامساً - كان من المقبول أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري باعتباره مالكاً ، وهذا هو بالفعل حكم التقنين المدني الفرنسي (م ١١٣٨ وم ١٦٢٤) وحكم تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٣٩٦) ، نولاً أن التقنين المدني المصري - ومعه التقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين العراقي - راعي أن الالتزام بالتسليم التزام تيمى كما قدمنا ، فاذا هلك المبيع بسبب أجني قبل التسليم انفسخ البيع ، فتحمل البائع تبعه الهلاك ما سياتي .

(١) وهذا هو أيضاً ما تنص عليه المادة ٥٧٢/٢ من التقنين المدني العراقي إذ تقول : **والزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .** وتقضى بذلك أيضاً المادة ٣٩٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، فتتصّل على أنه **يجب على المشتري عند صيرورة البند تاماً - ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً - الضرائب والتكاليف وصائر الأعباء المترتبة على المبيع . ثانياً - نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - مخاطر العين المبيعة .** ثم تنص المادة ٤١٧ من نفس التقنين على أن **جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ تمام البيع .** ويجب أن نعلم إليه مع المبيع ، ما لم يكن هناك نص مخالف . أسطر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٢٦/٢ من التقنين المدني السوري والمادة ٤٤٧/٢ من التقنين المدني الليبي .

وانظر في تملك المشتري لثمار بيع ونمائه من وقت تمام البيع وتحمله تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ما يدل فقرات ٣٩٢ - ٣٩٣ .

(٢) وقد نص التقنين المدني العراقي صراحة على هذا الحكم في المادة ٥٢٣ ، وهي تقول : **الحق في البائع الثمن ثم أسس قبل تسليم المبيع إلى المشتري ، أخذ المشتري المبيع من البائع أن يزاوجه سائر الثمناء .**

المطلب الثاني

نقل الملكية في المنقول

٢٤٠ - التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بمرارة : حتى نتبين كيف تنتقل الملكية إلى المشتري في المنقول : يجب التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بنوعه ، فقد رأينا أن الملكية في الحالة الأولى تنتقل فوراً بمجرد تمام العقد ، ولا تنتقل في الحالة الثانية إلا بالإفراز .

وقبل أن نتناول في شيء من التفصيل كلا من الحالتين ، نلاحظ أن هذا التمييز يسرى أيضاً على العقار ، فهناك عقدر لا يعين إلا بنوعه كما إذا بيع ألف متر من أرض مساحتها أكثر من ذلك ، قدسرى في هذه الحالة الأحكام التي سنذكرها في المنقول ، ولا يتعين البيع ، ومن ثم لا يمكن تسجيل البيع لنقل الملكية ، إلا بعد إفراز ألف متر بالذات وهي المساحة المبينة (١) . ولكن لما كانت هذه الحالة نادرة ، وبغلب كثيراً أن يكون الشيء المعين بنوعه بالذات منتقلاً لا عقاراً ، كما بغلب كثيراً أن يكون العقار شيئاً معيناً بالذات ، فقد مرصنا للتمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بنوعه في صدد المنقول .

١٩ - الشيء المعين بذاته

٢٤١ - انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد : فإذا كان المبيع منتقلاً معيناً بالذات ، وتوافرت الشروط الواجبة قانوناً التي أسلفنا ذكرها ، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري فوراً بمجرد تمام العقد . وعقد البيع ذاته هو الذي ينقل الملكية ، بعد أن ينشئ التزاماً بنقلها يتم تنفيذه فوراً بمجرد نشره على الوجه الذى قدمناه . وقد رأينا أن التقنين الملائم المصرى قرر هذه القاعدة في المادة ٢٠٤ مدنى ، وأكدها في المادة ٩٣٢ مدنى (٢) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ ص ٧٧ .

(٢) أنظر آ.أ. غنيرة : ٢٢٤ .

وتنقل الملكية فوراً بمجرد تمام العقد في المنقول ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير .

٢٤٢ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين : فننقل الملكية بمجرد تمام العقد أولاً فيما بين المتعاقدين . فلو أن شخصاً باع سيارة معينة بالذات بمركبة له . شخص آخر ، فإن ملكية السيارة تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد تمام عقد البيع (١) . ويترتب على ذلك أن المشتري ، وقد أصبح مالكا للسيارة ، يستطيع أن يتصرف فيها حتى قبل أن يتسلمها من البائع . فإذا باعها لثاني انتقلت ملكيتها من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بمجرد تمام البيع الثاني ، ولو كانت السيارة لا تزال باقية في يد البائع الأول . ولا يعتبر المشتري الثاني « غيراً » ، فسرى أن الغير هو شخص تلقى حقاً عينياً من البائع الأول على نفس المبيع ، والمشتري الثاني إنما تلقى حق الملكية من المشتري الأول لا من البائع الأول .

٢٤٣ - انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير : وتنقل ملكية المنقول بمجرد تمام العقد أيضاً بالنسبة إلى الغير . فلو أن البائع الأول للسيارة في المثال المتقدم باع السيارة مرة أخرى لمشتري آخر ، فإنه يكون قد باع مالا يملك إذ أن الملكية قد انتقلت منه إلى المشتري الأول بالبيع الأول ، لا فيما بينهما فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى المشتري الآخر الذي تصرف له بالبيع مرة أخرى وهذا هو الغير .

فلو بقيت السيارة في يد البائع الأول ، فإن الذي يستردّها منه هو المشتري الأول لأنه هو المالك ، ويرجع المشتري الآخر بتعويض على البائع الأول إذ أن هذا قد باع ما لا يملك كما سبق القول ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير .

وإذا سلم البائع الأول للسيارة للمشتري الأول ، فإنه يكون قد سلمها إلى

(١) الوسيط - ٢ - فقرة ٤١٧ .

مالكها ، وليس للمشتري الآخر أن يرجع بشيء على المشتري الأول ، وإنما يكون رجوعه على البائع الأول كما قدمنا .

ولكن إذا سلم البائع الأول السيارة للمشتري الآخر . وكان هذا المشتري الآخر حسن النية لا يعلم أن السيارة بيعت قبل ذلك للمشتري الأول (١) . فإنه يملك السيارة . ولكنه لا يملكها بعقد البيع الصادر له من البائع الأول ، فقد قدمنا أن البائع الأول وقت أن باع السيارة للمشتري الآخر لم يكن مالكاً لها ، وبيع ملك الغير لا ينتقل المملكية بذاته . ولكن المشتري الآخر يملك السيارة بسبب غير البيع ، وهذا السبب هو الحيازة بحسن نية . وتنتقل إليه الملكية لأمن البائع الأول فهو غير مالك ، ولكن من المشتري الأول الذي أصبح مالكاً بالبيع الأول كما أسلفنا (٢) . ويملك المشتري الآخر حسن النية السيارة بالحيازة ، حتى لو كان المشتري الأول قد باع قبل ذلك السيارة إلى مشترين في المثل الذي قدمناه ، وإنما تنتقل الملكية في هذه الحالة إلى المشتري الآخر الحائز بحسن نية لا من المشتري الأول بل من المشتري الثاني الذي أصبح مالكاً بالبيع الصادر له من المشتري الأول .

٢٤٤ - انتقال الملكية في البيع الجزاف : أماله : وقد رأينا أن المادة

٢٢٩ مدني تنص على أنه : إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحر الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع . . ومضى أن حددنا متى يكون البيع جزافاً ، وبيننا أن المبيع إذا كان مما يوزن أو يكل أو يقاس أو يعد ، ولكنه لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات ، ولو كان تحديد الثمن موقوفاً

(١) أما إذا كان المشتري الآخر سيئ النية ، فإنه لا يملك السيارة بالحيازة . وتبقى السيارة ملكة للمشتري الأول ، وله أن يستردها من المشتري الآخر بدعوى الملكية ، ويرجع المشتري الآخر على البائع الأول كما قدمنا .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٧ ص ١٧٧ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ - ص ٥١٥ ، وفي الوسيط جزء ٢ ص ٧٧١ أمش رقم ١ .

عز تقديره ، فان البيع يكون في هذه الحالة جزافاً (١) . وذكرنا أن بيع
الجزاف ، من حيث انتقال الملكية ، حكمه هو حكم بيع الشيء المعين بالذات ،
فنتقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٢) .
ونكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

٢٥ - الشيء معين بنوعه

٢٤٥ - انتقال الملكية بالإفراز : وإذا كان المنقول شيئاً غير معين
بالذات بل معيناً بنوعه (٣) ، وكان البيع بالتقدير (٤) ، لم تنتقل الملكية بمجرد
تمام عقد البيع على خلاف ما رأيناه في الشيء المعين بالذات ، وإنما تنتقل
بإفراز المبيع وجعله بالإفراز معيناً بالذات ولو قبل التسليم . ذلك أن الشيء
إفرازه غير معروف بالذات ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته إلى
المشتري قبل الإفراز (٥) .

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٠٥ مدني إذ تقول : ١ - إذ ورد
الالتزام بنقل حصة عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز
هذا الشيء . ٢ - فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل
على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذائه
في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال
في الحالين بحقه في التعويض (٦) . ثم أكدته المادة ٥٣٣ مدني إذ تقول :
« المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ » .

(١) أنظر آتياً فقرة ١١٩ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ١٢٠ .

(٣) أنظر آتياً فقرة ١١٧ .

(٤) أنظر آتياً فقرة ١١٨ .

(٥) أنظر الوسيط - جزء ٢ فقرة ٤٢٠ .

(٦) أنظر في هذا المعنى الوسيط جزء ١ فقرة ٤١٩ .

٢٤٦ - كيف تنتقل الملكية بالإفراز - املأه : وقد قدمنا في هذا

الجزء من الوسيط (١) ، وفي الجزء الثاني منه (٢) ، كيف يكون الإفراز ، وكيف تنتقل الملكية به ولو قبل التسليم ، وإن كان المألوف في التعامل أن يتم الإفراز وقت التسليم ، واستعرضنا حالة ما إذا كان الشيء غير المعين إلا بنوعه نقوداً (٣) أو غير نقود (٤) . وبيننا أن البيع يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، حتى قبل التسليم وحتى قبل الإفراز (٥) . وذكرنا كذلك ألا فرق في تحمل نبعة الهلاك أن يهلك الشيء قبل الإفراز أو بعده (٦) . فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه هناك .

٢٤٧ - الحكم فيما إذا امتنع البائع عن الإفراز - املأه :

وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه من إفراز المبيع ، جاز للمشتري أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، فيقوم بشرائه بنفسه ويرجع بالتأمين والمصروفات على البائع ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر البائع في تنفيذ التزامه . والأصل أن يستأذن المشتري القاضي في ذلك ، فإذا كانت الظروف لا تحتمل الإبطاء كان له دون استئذان ، ولكن بعد إعدار البائع ، أن يقوم بالشراء . وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك في الجزء الثاني من الوسيط (٧) ، فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

٢٤٨ - نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري : تنص

المادة ٩٤ من التقنين التجاري على أن « البضائع التي تخرج من مخزن البائع

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٢ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ١٢٢ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .

(٧) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٣ .

أو المرسل يكون خطرها في الطريق على من يملكها ، مالم يوجد شرط بخلاف ذلك . وانتقال الملكية هنا يكون بالإفراز طبقاً للقاعدة التي أسلفناها . ولكن الإفراز فيما نحن بصدده يتخذ صورة خاصة هي التسليم (١) ، فإلم يتفق المتبايعان على شيء آخر ، فإن المفروض أنهما اتفقا على أن يتم انتقال الملكية وقت التسليم . وقبل التسليم تبقى الملكية للبائع ، وهو الذى يتحمل تبعه الهلاك ، وبالتسليم تنتقل الملكية إلى المشتري وتنقل معها تبعه الهلاك . وزى من ذلك أن البائع لا يزال يتحمل تبعه الهلاك قبل التسليم وفقاً للقاعدة العامة ، ولكنه قبل التسليم يبقى أيضاً مالكا للمبيع إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم ، ومن ثم لم تتعارض القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على البائع قبل التسليم مع القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك ولو قبل التسليم لأن البائع هنا هو المالك .

وبقى بعد كل ذلك أن نعرف متى يتم تسليم البضائع ، لنعرف متى تنتقل الملكية إلى المشتري فننتقل إليه تبعه الهلاك (٢) . ولا نخرج الحال عن أحد أمرين : (١) فإما أن يتم التسليم عند الشحن أى فى محطة التصدير ، فإذا تم الشحن انتقلت الملكية إلى المشتري ، وكانت تبعه هلاك البضائع فى الطريق عليه . (٢) وأما أن يتم التسليم عند التفريغ أى فى محطة التوريد ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري بالشحن بل تراخى إلى حين وصول البضائع ، وتكون تبعه هلاك البضائع فى الطريق على البائع الذى يبقى مالكا لها إلى حين وصولها إلى محطة التوريد .

يغلب أن يتفق المتعاقدان على أحد الأمرين . فإما أن يتفقا على أن يتم

(١) يتم الإفراز عند التسليم .

(٢) وكذلك إذا أفلس البائع والبضائع فى الطريق ، جاز للمشتري أخذها إذا كانت الملكية انتقلت إليه عند الشحن ، ولا يجوز له ذلك إذا كانت ملكية البضائع فى الطريق لا تزال للبائع (الأستاذان أحمد نجيب الخازن وحامد زكى فترة ١٤٦ - ص ٢٤٠ - الأستاذ محمد على إمام بكرة ١١٥ ص ٢١٦ - ص ٢١٧) .

وقد فسرت محكمة النقض بأن القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة ، أما إذا سبب إلى البائع تصدير فإنه يكون مسؤولاً عن نتيجة تقصيره (نقض مدنى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٦ - مجموعة ألى إمام النسخ ٧ ر ١٠٧٧ - ص ٧٦٧) .

التسليم عند الشحن (١) ، وهو ما يقع عادة في النقل البرى عند اشتراط التسليم في خطة الشحن (franco gare départ) وفي النقل البحرى عند اشتراط تسليم السفينة (vente fob, franco bord) . وفي هذه الحالة تنتقل ملكية البضائع وتبعة الهلاك إلى المشتري بمجرد الشحن كما قدمنا ، وتكون مصروفات النقل عليه ، ومن ثم يلتزم البائع بشحن البضائع على السفينة التى يعينها له المشتري ، ويتكفل المشتري بدفع مصروفات النقل والتأمين الناوولون . وقد يوكل المشتري البائع في اختيار السفينة وفي التأمين عليها اقتصاداً لأجر الوسيط ، فيتضمن الثمن المصروفات والتأمين والناوولون : (coût - assurance - frêt : Caf - cost - insurance - freight: Cif.) (٢) ولا يعتبر تسليم البضائع

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٥ - ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ .

(٢) أنظر في القضاء المختلط في البيع (Cif) وفي أن مسئولية خطر الطريق على المشتري لا على البائع : استئناف مختلط ٣ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٢ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٠ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٤٨ - ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٩ - ٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٩ - ٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٢ - ٨ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٩ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٠ - ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٦ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٤ - ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٤ - ٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ - ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٣ .

وقضت محكمة استئناف مصر بـ البيع Cif معناه وفاء البائع ثمن البضاعة وأجرة التأمين وناوولون الشحن وتحمل المشتري مسئولية المجرز أو التلف الحاصل لبضاعة بعد الشحن (سندف مصر ع ١ يونيو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/١٢٩ ص ١٧٣) .

قد تم إلا إذا أرسل البائع للمشتري البيانات الدالة على ذلك (١) . وإما أن يتفق المتعاقدان على أن يتم التسليم عند التفريغ ، وفي هذه الحالة تبقى الضائع ملكا للبائع ، وعليه تبعة الهلاك أثناء الطريق ، وعليه مصروفات النقل ، ولا تنتقل تبعة إلى المشتري وتنتقل معها تبعة الهلاك إلا إذا وصلت البضاعة سليمة إلى محطة التوريد .

فإذا لم يتفق المتعاقدان متى يتم التسليم ، وجب في المسائل المدنية تطبيق المادة ٣٦ مدني وتنص على أن التسليم يكون عند التفريغ في محطة التوريد ، إذ تقول : « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إلى ... ما لم يوجد اتفاق بقضى بغير ذلك » (٢) . أما في المسائل التجارية ، فيراعى من هذا النص عرف التجارة (٣) .

وهذا كله إذا كان المبيع بضائع ، أى منقولاً غير معين إلا بنوعه . أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ، انتقلت ملكيته من وقت العقد ، ولكن التسليم لا يتم إلا في مكان التفريغ ، فتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع إلا على المالك (المشتري) ، لأننا نكون قد خرجنا عن نطاق التعامل التجاري إلى نطاق التعامل المدني (٤) .

= انظر في البيع (Fib) أى بائع ناعم السيف - استئناف مخطط ١٢ - ميو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٩ - ١١ - ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٤٨ - ١٧ - ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٥١ - ٨ - يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٩ . (١) والبيانات هي في النقل البحري اسم السفينة والعلامات أو الأرقام التي تحملها البضائع . وفي النقل البري إذا كان التسليم في محطة الشحن ، قد يلتزم البائع بحمل العبارات اللازمة لشحن البضاعة (franco sur wagon) .

انظر في كل ذلك بيشار ١١ فقرة ١٦٥ .

(٢) وكان التفتين المدني السابق ينص في المادة ١٧٠/٢٣٣ على أن الرعاة يكره في موطن المشتري أى أن التسليم يتم في محطة الشحن لا في محطة التفريغ (استئناف مخطط ١٩ - مايو سنة ١٩٤٩ م ١١ ص ٢٤٤ - ١٢ - ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٧ - الأستاذان أحمد نجيب الهلائي وحامد زكي فقرة ٢٤٦ ص ٢٤١) . فيسمى حكم التفتين السابق على ذكر التفتين التي تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٣) الأستاذان أنور سلطان فقرة ١٦١ ص ١٨١ - ١٨٢ رقم ١ - الأستاذان محمد علي إمام

فقرة ١١٥ .

(٤) أنظر مايل فقرة ٣١١ .

المطلب الثالث

نقل الملكية في العقار

٢٤٩ - لا تنتقل الملكية الا بالتسجيل : أما إذا كان المبيع عقارا ، فان الملكية ، سواء في حق الغير أو فيما بين المتعاقدين ، لا تنتقل إلا بتسجيل عقد البيع . وقد أشارت إلى هذا الحكم صراحة المادة ٢٠٤ مدني عندما نصت ، كما رأينا ، على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر بنقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ثم أكدت المادة ٩٣٢ مدني هذا المعنى ، فقد رأيناها تقول : « تنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٤٠٢ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » . ونجد بين النصوص التي تشير إليها المادة ٩٣٢ مدني النص الخاص بالعقار ، وهو نص المادة ٩٣٤ مدني ويجرى على الوجه الآتي : « ١ - في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيتم الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري . ٢ - وبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

وإذا كان نظام الشهر العقاري لا تقتصر منطوقه على عقد البيع ، إذ هو يمتد إلى جميع العقود الناقلة للملكية ، بل وإلى العقود غير الناقلة للملكية ، بل وإلى الأحكام والسندات كما رأينا في النص ، فان عقد البيع مع ذلك هو أهم العقود التي يجرى عليها التسجيل وأوسعها انتشاراً ، فيحسن الإجماع بنظام الشهر العقاري في مناسبة الكلام في تسجيل عقد البيع ، وقد جرى الفقه المصري على هذه السنة .

فتستعرض أولاً تطور نظام الشهر العقاري في مصر حتى قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، وذلك في كثير من الإيجاز وموضع التفصيل فيه

يكون عند انكلام في أسباب كسب الحقوق العينية ، ثم نعرض لتطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة .

§ ١ - تطور نظام الشهر العفارى في مصر

٢٥٠ - نظام الشهر بوجه عام : الحق العيني بطبيعته نافذ في حق

الكافة ، فكان الواجب شهره أى إيجاد طريقة تبسر لدى المصلحة من المتعاملين العلم بوجوده مادام هذا الحق نافذاً في حقه ، حتى يعتد به ويدخله في حسابه عند التعامل . فاذا اشترى عينا ، سهل عليه قبل أن يقدم على شرائها أن يعرف الحقوق العينية المتعلقة بهذه العين والتي هي نافذة في حقه ، فلو كانت العين مرهونة مثلاً استنزل مقدار الدين المضمون بالرهن من الثمن ، أو كانت مملوكة لشخص آخر غير الدائن لم يقدم على الشراء أصلاً .

وشهر الحقوق العينية يكون باثبات التصرفات القانونية التي هي مصدر لها في سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات وأخذ شهادات بها . ويكون إثبات هذه التصرفات إما بطريقة التسجيل (transcription) ، وهي إثبات حرفي للمحررات المشتملة على التصرفات حتى يتيسر لدى المصلحة معرفة جميع ما ورد في التصرف . وهذه الطريقة ضرورية في الحقوق العينية الكاملة . وإما بطريقة القيد (inscription) ، وتقتصر على إثبات البيانات الجوهرية الواردة في التصرف ، وهي البيانات التي يهم ذا المصلحة العلم بها . وهذه الطريقة كافية في الحقوق العينية التبعية أى التأمينات العينية ، وهي الرهون وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فيكتفى بإثبات مبلغ الدين والعقار المثقل بالتأمين واسمى الدائن والمدين وما إلى ذلك من البيانات اجره حرية .

ويخلص مما قدمناه أن نظام الشهر لا يتسع إلا للتصرفات القانونية الواقعة على عقار . لا يتسع نظام الشهر للوقائع المادية ، لأن هذه الوقائع لا تثبت عادة في محركات حتى يمكن شهرها ، هذا إلى أن أكثر الوقائع المادية لها علامات ظاهرة محسوسة تراها الناس فتعلم بها ، ومع ذلك فهناك واقعة مادية هي الموت وما يرتبه من حق الإرث يمكن أن تخضع لنظام الشهر - ونقد أخضعت نعلماً لهذا

النظام في قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ - لأهيتها ولسهولة إثباتها في محرر يكون صالحاً للشهر . ولا يتسع نظام الشهر للتصرفات الواقة على منقول ، فالمنقول ليس له حيز ثابت مستقر كالعقار ، فلا يمكن تركيز الشهر في مكان معين . ومع ذلك فمن المنقولات ما يجري فيه نظام الشهر لاستقرار مكانه أو لإمكان تركيز شهره في مكان معين ، وذلك كالتاجر والسفن . ونعم الحيازة في المنقول مقام الشهر في حماية الغير حسن النية . على أن هناك حقوقاً شخصية تشبه الحقوق العينية من حيث صلاحيتها للشهر ، أهمها الحقوق الناشئة من عقد الإيجار الواقع على عقار ، ففقود الإيجار والمخالصات بالأجرة وحوالاتها إذا زادت على مدة معينة تكون هي أيضاً خاضعة لنظام الشهر .

وفي الحدود التي تكون الحقوق فيه ، صالحة لنظام الشهر يبدو هذا النظام ضرورياً للتعامل في العقارات وللاتيان اعتقاري . فمن يريد التعامل في عتار يعنيه بطبيعة الحال أن يعرف ما يثقل هذا العقار من الحقوق حتى يكون على بصيرة من أمره . فلا يقدم على التعامل إلا وهو عارف بحالته . ومن يقدم على إقراض الغير في مقابل رهن يأخذه على عقاره يعنيه أن يعرف إن كان هذا العقار مملوكاً فعلاً للمدين حتى يكون حق رهنه مأموناً ، ريعنيه أيضاً أن يعرف هل ثقل العتار قبل ذلك بحتق عينية تسبق حقه حتى يعرف مرتبته بين الدائنين المقيدين .

لذلك لم يخل بلد متحضر من نظام للشهر . بل إن نظم الشهر قديمة إلى حد أن المؤرخين يرجعونها إلى عهد الحضارة المصرية القديمة . وهناك نوعان لنظام الشهر : نوع متأخر وهو نظام الشهر الشخصي ، ونوع متقدم وهو نظام الشهر العيني أو السجل العقاري (Livre Foncier) . ذلك أن نظام الشهر ، حتى يكون نظاماً صديداً ، يجب أن يكون محكماً في ترتيبه وفي حجته . أما في ترتيبه ، فينبغي أن يكون من شأن الترتيب الذي يضعه لتسجيل التصرفات وقبدها أن ييسر لذوى الشأن معرفة ما تهمهم معرفته من هذه التصرفات . وأما في حجته فينبغي أن يكون لشهر التصرفات حجية قاطعة بحيث لا يشهر تصرف إلا به التحرر من صحته فإذا ما شهر كانت صحته مقطوعاً بها ، فيكون للشهر هذه الحجية المطلقة .

ونظام الشهر الشخصي معيب من هاتين الناحيتين . فهو معيب من ناحية

الترتيب ، إذ التسجيل فيه أو القيد يكون وفقاً لأسماء الأشخاص ، ومن هنا كان نظاماً شخصياً . فصاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذى تصرف فى العقار ، لا يفيد هذا حتماً كل ماوقع على عقار معين من تصرفات . فقد يتصرف شخص فى عقار غير مملوك له فيسجل التصرف باسمه ، ثم يتصرف المالك الحقيقى فى العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك ، ويكون التصرفان متفرقين فى موضعين متباعدين تحت اسمين مختلفين . ومن ثم كان من الممكن أن يتعامل الشخص مع المشتري من المالك ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من المالك مسجلاً تحت اسم المالك ، فيكون التعامل سليماً . كما أنه من الممكن أن يتعامل مع المشتري من غير المالك دون أن يعلم ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من غير المالك مسجلاً تحت اسم هذا الأخير ، فكيون التعامل معيماً . ولهذا لا يحقق نظام الشهر الشخصى الغرض الذى وضع من أجله . ثم إن هذا النظام معيب من ناحية الحجية ، فان التصرفات التى تشهر فى هذا النظام لا يتحرى عادة عن صحتها ، بل تشهر كما هى ، فان كانت صحيحة بقيت صحيحة ، وإن كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت على حالتها معيبة أو مزورة . فالشهر فى هذا النظام لا يبطل عقداً صحيحاً ، ولا يصحح عقداً باطلاً . بل هو طريق العلانية لمعرفة التصرف كما هو ، صحيحاً كان أو باطلاً ، سليماً كان أو معيماً . وهذا النظام الشخصى للشهر يسود العالم اللاتينى ، فهو النظام القائم فى فرنسا (١) وفى بلجيكا (٢) وفى إيطاليا (٣) وفى كثير من البلاد

(١) كان التقنين المدنى الفرنسى يقرر أن الملكية فى العقار تنتقل بالمقد ، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، إلا إذا انتقلت بمقد تبرع كالمبة فلا يحتاج به على الغير إلا بالتسجيل . ثم صدر تشريع ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ يوجب تسجيل عقود المعاوضة والتبرعات للإحتجاج بها على الغير . وفى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ صدر مرسوم بقانون (دالوز الدورى ١٩٣٥ - ٤ - ٤١٩) أضاف إلى التصرفات الواجبة التسجيل التصرفات والأحكام الكاشفة . وفى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ صدر مرسوم ، تسمى أحكامه ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ (دالوز أنسيكلويدى ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها) ينظم الشهر فى الحقوق اللبينية الأصلية والتبعية بصفة عامة ، وقد حل هذا التشريع محل تشريعى سنة ١٨٥٥ وسنة ١٩٣٥ .

(٢) قانون ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ .

(٣) للتقنين المدنى الإبطال م ٢٦٤٣ وما بعدها .

اللاتينية . وهو النظام الذى لا يزال قائماً فى مصر ، بعد أن تخفف من بعض عيوبه كما سنرى .

أما نظام الشهر العيني أو السجل العقارى (Livre Foncier, Grundbuch) فهو نظام محكم من الناحيتين ، ناحية الترتيب وناحية الحجية . فمن ناحية الترتيب لا تنشر التصرفات وفقاً لأسماء الأشخاص ، بل وفقاً للعقار ذاته ومن هنا كان نظاماً عينياً . فلكل عقار مكان خاص فى السجل العقارى، ويثبت فى هذا المكان كل مايقع على هذا العقار من التصرفات وما يتقله من الحقوق . فإذا أراد شخص أن يتعامل فى عقار ، أمكنه بالرجوع إلى السجل العقارى أن يعرف حالة العقار على خير مايمكن من الدقة . يعرف مالك العقار ، والتصرفات التى وقعت منه فى عقاره ، وما يتقل هذا العقار من الحقوق والتكاليف ، فيقدم على التعامل وهو مطمئن . ثم إن نظام الشهر العيني محكم من ناحية الحجية . فالتصرفات التى تنشر لا يتم شهرها إلا بعد التحرى عن صاحبها تحرياً بالفا ، فيستقصى عن موقع العقار وحدوده ومساحته ، ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف وعن أهلينهم ، ثم عن التصرف نفسه هل صدر من مالك ، وهل هو صحيح فيشهر أو معيب فيمنع شهره . ويشرف على هذا كله قاض (Grundbuchrichter) ، هو الذى يأمر بعد الفحص الدقيق بإجراء التسجيل . والنتيجة المترتبة على هذا التحرى أن التصرف الذى يشهر فى السجل العقارى تكون له حجية كاملة ، فينتقل الحق العيني إلى المتصرف له لا بناء على التصرف الصادر بل بناء على شهر الحق . فالشهر لا التصرف هو الذى ينتقل الحق ، ومهمة التسجيل فى نظام الشهر العيني هو نقل الحق العيني لا مجرد إعلان التصرف . وقد يكون التصرف معيباً فى الحالات القليلة التى لا يكشف فيها هذا العيب بعد التحرى الدقيق الذى أسلفنا ذكره ، ومع ذلك إذا شهر هذا التصرف المعيب انتقل الحق بالشهر لا بالتصرف كما قدما ، وصحح الشهر عيوب التصرف . وهذه هى أهم ميزة للسجل العقارى . ويواجه هذا النظام التصرفات المعيبة التى يصححها الشهر ، وما يستتبع ذلك من الإضرار بأصحاب الحقوق الثابتة ، عن طريق تعويض أصحاب هذه الحقوق ، ويقتضى هذا التعويض من رسوم الشهر ذاتها ، فكان فى هذه الرسوم جزءاً هو بمثابة تأمين للمتفعين بالسجل العقارى . والذى يمنع

من الأخذ بهذا النظام مع مزاياه الظاهرة . لا يقتضيه من جهود ونفقات بالغة في مسح جميع الأراضى قبل إدخاله ، وتحقيق صحة حقوق العينة المتعلقة بكل من منها . تمهيداً لإثبات كل ذلك في السجل العقاري . وتزيد الصعوبات إذا كثرت الملكيات الصغيرة ، واشتبهت الحقوق القائمة عليها ، كما هي الحال في مصر حيث شرع في إدخال هذا النظام منذ أكثر من ثلاثين عاماً ، وبذلت جهود كبيرة ونفقات جسيمة لاثزال متواصلة حتى اليوم ، ولما يتم إدخال النظام . وإنه سهل نسبياً إدخال نظام السجل العقاري في بلد بكر لم تنجز فيها الملكيات ولم تنتفت إلى حد أن تنتشر الملكيات الصغيرة وتكون هي الأصل غالب . وهذا هو السبب في أن النظام طبق أولاً في أستراليا حيث الظروف مواتية له على النحو المتقدم ، وضعه روبرت تورنس (Robert Torrens) . فسنى التشريع الذى أدخل النظام بتشريع تورنس (acte Torrens) ثم أدخل الفرنسيون النظام في تونس في سنة ١٨٨٥ ، وفي كثير من مستعمراتهم . وأخذت به ألمانيا وسويسرا . وأخذت الدولة العثمانية أيضاً بهذا النظام ، وعرف باسم « الطابو » ، وبقي النظام في البلاد العربية التى كانت جزءاً من الدولة العثمانية ، فلا يزال نظام الطابو قائماً في العراق (١) وفي سورية وفي لبنان . وقد

(١) أنظر في نقل الملكية في العقار بالبيع في القانون العراق الأستاذ حسن عباس الصراف فقرة ٣١٩ - فقرة ٣٦٧ والأستاذ حسن علي الذنون فقرة ١٤٧ - فقرة ١٥٥ . وينتقد الأستاذ الذنون ما جاء في المادة ٥٨ م مدني عراق من أن بيع العقار لا ينتقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة ، فأصح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل .

وقد قام خلاف في الفقه العراقي في قيمة للمقد غير المسجل في دائرة الطابو . والنصوص القانونية الواجب النظر إليها في هذه المسألة هي : (١) م ٥٨ م مدني عراق : « بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكرك الذى نص عليه القانون » . (٢) م ١١٢٦ مدني عراق : « ١ - تنتقل الملكية بالمقد في المنقول والعقار ٢ - والمقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد إلا إذا ووجعت فيه الطريقة المقررة قانوناً » . (٣) م ١١٢٧ مدني عراق : « التمهد منتقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أغل أحد الطرفين بتمهده ، سواء اشترط شرطاً في التمهد أم لم يشترط » .

ويؤخذ . هذه النصوص : أولاً - أن بيع العقار في القانون العراقي عقد شكل لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابو . ومن ثم لا تنتقل الملكية إلى المشتري ، بالنسبة إلى غير وفيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل في هذه الدائرة ومن وقت هذا التسجيل ثانياً - التمهد السابق =

عدلته تشريعات كثيرة بعد أن استقلت هذه البلاد ، وبخاصة في سورية ولبنان حيث أصدر الفرنسيون في عهد الانتداب تشريعاً عقارباً شاملاً لهذا النظام (١) .
والآن وقد ألمنا بنظام الشهر العقاري ، ننظر كيف تطور هذا النظام في مصر .

٢٥١ - مهود أربعة : قبل أن يصدر قانون تنظيم الشهر العقاري في سنة ١٩٤٦ ليحل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ ، كان نظام الشهر العقاري قائماً بموجب نصوص قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وقد عمل به ابتداء

= على البيع - وهو التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي - عقد غير مسمى ، فهو ليس إذن بعقد بيع . ولكنه عقد ملزم ، إذا به أحل المدين التزم بالتعويض . وهذا التعويض ينشأ عن مسئولية عقدية لا مسئولية تفسيرية لأن مصدره هو هذا التمهيد الملزم وهو عقد غير مسمى كما سبق القول . فإذا اتفق المتعاقدان في هذا التمهيد على مقدار التعويض - وهذا ما يسمى بالشروط الجزائي - جاز للقاضي الحكم بما اتفق عليه المتعاقدان . كما يجوز له الحكم بتخفيض شرط الجزائي إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً ، أو بعدم استحقاقه أصلاً إذا أثبت المدين أن عدائن لم يلحقه أي ضرر ، وكل هذا تطبيقاً للقواعد المقررة في الشرط الجزائي (المسرح ١٧٠ مدني) . وإذا لم يتفق المتعاقدان على شرط جزائي ، فإن هذا لا يمنع القاضي من تقدير التعويض من الضرر الذي أصاب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه ، طبقاً للقواعد المقررة في هذا الصدد (أنظر م ١٦٩ مدني عراقي) ، ومصدر هذا التعويض الذي يقدره القاضي هو : كمصدر لشرط الجزائي . المسئولية العقدية دائماً وليس المسئولية التفسيرية . ويخلص من ذلك أن القول بأن مصدر المسئولية عن الإخلال بالتمهيد بنقل ملكية المنار المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني عراقي هو المسئولية التفسيرية ليس بالقول السليم ، إذ المصدر هو المسئولية العقدية (قارن الأستاذ الذنون فقرة ٤١٨) . وكذلك القول بأن هذا التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدني العراقي يتحول من عقد بيع باطل إلى عقد غير مسمى ليس سليماً ، ولست هنا في حاجة إلى التحول ، فإن العقد ينشأ منذ البداية عقداً غير مسمى صحيحاً ملزماً ، وليس عقد بيع باطل يتحول من ذلك إلى عقد غير مسمى (قارن الأستاذ الصراف فقرة ٣٢٩) .

وقد كان من الخير أن يجعل هذا التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١١٧ مدني عراقي ملزماً بنقل الملكية عيناً ، فلا يقتصر على الإلزام بالتعويض . وهذا هو ما يقرره القانونان المدني والسيوي ، وكلاهما أخذ كالقانون العراقي بنظام السجل العقاري .

(١) أنظر في نقل ملكية المنار بالبيع في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى المودودي فقرة ٨٨ ، وما بعدهما . وفي القانون المدني السوري عقد البيع غير المسجل : انظر التزمناً نقل الملكية يجوز تنفيذه عيناً ولا يكتفى بالتعويض (الأستاذ مصطفى المودودي فقرة ٨٨ - فقرة ٨٩) .

من أول يناير سنة ١٩٢٤ . وكان نظام الشهر قبل قانون التسجيل قائماً بموجب نصوص التقنين المدني القديم . أما قبل هذا التقنين ، فلم يكن في مصر نظام للشهر .

فستعرض إذن عهداً أربعة : (١) العهد السابق على التقنين المدني القديم (٢) نظام الشهر في التقنين المدني القديم . (٣) نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . (٤) نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٦ وهو النظام القائم في الوقت الحاضر .

المرحلة الأولى - العهد السابق على التقنين المدني القديم

٢٥٢ - لم يوجد نظام للشهر في ذلك العهد : قبل صدور التقنين المدني القديم - التقنين المدني المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين المدني الوطني في سنة ١٨٨٣ - لم يكن هناك في مصر نظام معروف لشهر الحقوق العينية . وقد كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد مع تشريعات خاصة أكثرها تجارية ، ولم يصدر أى تشريع يضع نظاماً للشهر (١)

٢٥٣ - نظام المكلفات الإدارية : على أنه مما خفف من عيوب تنظيم شهر الحقوق العينية نظام إدارى وضع لجبي الضرائب العقارية عرف بنظام المكلفات . فقد كانت الأراضي في عهد محمد على تملكها الدولة ، ولم يكن للأفراد إلا حق الانتفاع بها انتفاعاً مؤقتاً في نظير جعل سنوى يقابل إرضية العقارية . وكان حق الانتفاع هذا ينتهى حتماً بالموت ، ولا يستطيع صاحبه أن ينزل عنه إلى آخر في حال حياته . ثم أبيح بعد ذلك للأفراد النزول عن حق الانتفاع ، وفي سنة ١٨٥٨ أصدر سعيد باشا لائحته المعروفة وجعل

(١) وقد قضت المحاكم المختلطة بأن الشريعة الإسلامية هي التي تسرى على عقود البيع فيما بين الأهل قبل صدور للتقنينات الحديثة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) ، وبأنه كان يمكن لانقضاء البيع توافقه الإيجاب والقبول على المبيع والمشتري (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٤٠) .

للزراع الحق في التصرف في أراضيهم بالبيع والرهن وغير ذلك من التصرفات ، كما جعل الأرض تنتقل بالميراث إلى ورثة صاحب الحق فيها . ويتم نقل الحقوق على الأرض في حال الحياة بحجة رسمية يحررها القاضي الشرعي ، بحضور شهود . وبعد ترخيص من المديرية . وكان القاضي الشرعي قبل أن يحرر الحجة بنقل الحق يتحقق من صحة الحجج السابقة التي صدرت للبائع ، ثم يحرر الحجة بعد ذلك في دفتر أعد لتفديد التصرفات . ثم يتلو بعد ذلك عملية تسجيل في سجل خاص بالمديرية ، والغرض من هذه العملية إثبات كل تغير في شخص الملتزم بالضريبة العقارية في المكلفات . فكان هذا النظام ، الذي وضع في الأصل لتنظيم جبي الضريبة العقارية بواسطة المكلفات وإثبات الأشخاص المتعاقبين الذين يلتزمون بدفع هذه الضريبة ، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية ، إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنياً يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التي ترتبت على الأراضي .

وبمخلص من ذلك أن التصرف كان شكلياً لا بد من تحميده في حجة رسمية بواسطة القاضي الشرعي . بل يبدو أن الحق كان لا ينتقل إلى المتصرف إليه إلا بعد تسجيله في سجل المديرية ، فلو مات المتصرف له قبل هذا التسجيل لا ينتقل حقه إلى ورثته ، أما إذا تم التسجيل قبل وفاته فان الحق ينتقل إلى الورثة (١) .

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٥ - ٢٩ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٦ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ١٣ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ - ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٧٣ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢ - ٢٣ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه كان يكفي توافق الإيجاب والقبول لانعقاد البيع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وأن حجة البيع ليست إلا للإثبات (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ وقد سبقت الإشارة إليه - ١٨ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٤٠٥ - ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٤٩ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ وقد سبقت الإشارة إليه) .

المرحلة الثانية - نظام الشهر في التقنين المدني السابق

٢٥٤ - اقتباس نظام الشهر الفرنسي : وى عهد الإصلاح

القضائى ، عند صدور تقنينات المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية ، أدخل المشرع المصرى نظاما لشهر الحقوق العينية اقتبسه من النظام الفرنسى الذى كان قد أدخل فى فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ، وهو نظام شهر شخصى فيه العيوب التى قدمناها .

ولا تزال نصوص هذا التقنين المدنى السابق معمولاً بها فى حالة المحررات التى لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ - وهذا هو تاريخ العمل بقانون التسجيل الذى سبأى الكلام فيه - فتسرى عليها أحكام القوانين التى كانت سارية عليها ، وهى بالذات نصوص التقنين المدنى السابق . وتنص المادة ٥٤ من قانون تنظيم الشهر العقارى المعمول به اليوم فى هذا المعنى على أنه لا يسرى هذا القانون على المحررات التى ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ ولا على الأحكام التى صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التى تترتب عليها لأحكام القوانين التى كانت سارية عليها ، (١) .

من أجل هذا يكون من المهم أن نورد أهم نصوص التقنين المدنى السابق الخاصة بنظام شهر الحقوق العينية ، ثم نبين بعد ذلك ما شاب هذا النظام من العيوب .

٢٥٥ - نصوص التقنين المدنى السابق الخاصة بنظام الشهر :

النصوص الرئيسية التى تضع نظام الشهر العقارى فى التقنين المدنى السابق هى :

أولاً - نص يقرر بصفة عامة أن الملكية والحقوق العينية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالعقد دون حاجة إلى تسجيل . وهذا هو نص المادة ٧٣٢/٦٠٦ ، ونجرب على الوجه الآتى : وفى جميع المواد ثبتت الملكية أو الحقوق العينية

(١) وانظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ١٤ من قانون التسجيل الصادر فى سنة ١٩٢٢ .

في حق مالكها السابق بعقد انتقال الملكية أو الحق العيني أو بأي شيء يترتب عليه هذا الانتقال قانوناً .

ثانياً - نصوص أخرى كثيرة تقرر أن الملكية والحقوق العينية وبعض الحقوق الشخصية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل التصرفات القانونية التي هي مصدرها ، دون الوقائع المادية كالميراث . فتصر المادة ٦٠٩/٧٣٥ على ما يأتي : « وفي مواد العقار ثبتت الحقوق العينية بالنسبة لغير المتعاقدين على حسب القواعد الآتية » . وهذه القواعد منصوص عليها في المواد ٦١٠/٧٣٦ - ٦١٣/٧٤٠ ، ونحوى هذه النصوص على الوجه الآتي : م ٦١٠/٦٣٧ - ملكية العقار والحقوق المنفردة عنها إذا كانت آيلة بالإرث ثبتت في حق كل إنسان بثبوت الوراثة - م ٦١١/٧٣٧ - « الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتملة على ترك هذه الحقوق ثبتت في حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقاً عينياً بتسجيل تلك العقود في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو في المحكمة الشرعية » . م ٦١٢/٧٣٨ - ٧٣٩ - « الأحكام المتضمنة لبيان الحقوق التي من هذا القبيل أو المؤسسة لها يلزم تسجيلها أيضاً ، وكذلك الأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمزاد والعقود المشتملة على قسمة عين العقار » . م ٦١٣/٧٤٠ - « وكذلك يلزم تسجيل عقود الإيجار الذي تزيد مدته على تسع سنين وسندات الأجرة المعجلة الزائدة عن ثلاث سنين لأجل أن تكون حجة على غير المتعاقدين » .

ثم تنص المادتان ٦١٥/٧٤٢ - ٦١٦/٧٤٣ على الجزاء المترتب على عدم التسجيل ، ونجربان على الوجه الآتي : م ٦١٥/٧٤٢ - « في حالة عدم وجود التسجيل عند لزومه تكون الحقوق السالف ذكرها كأنها لم تكن بالنسبة للأشخاص الذين لهم حقوق عينية على العقار وحفظوها بموافقتهم للقانون » . م ٦١٦/٧٤٣ - « ومع ذلك فلهؤلاء الأشخاص الحق فقط في أن يتحصلوا على تنزيل مدة الإيجار إلى تسع سنين إذا كانت مدته زائدة عليها ، وفي ارجاع ما دفع مقدماً زيادة عن أجر الثلاث سنين » .

وتأيد النصوص المقدمة الذكر بنصين آخرين ، أحدهما ورد في أسباب

الملكية والحقوق العينية ، هو نص المادة ٦٩/٤٧ ونجى على الوجه الآتى :
« أما الأموال الثابتة بالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين
إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون » . والنص الثانى ورد فى
نصوص البيع . وهو نص المادة ٣٤١/٢٧٠ ونجى على الوجه الآتى : « لا تنتقل
ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع
كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً
وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » .

ثالثاً - نصوص ترد استثناء من القاعدة المتقدمة التى تنص بأن الحقوق
العينية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، وهى المواد ٧٤٤/٦١٧ -
٧٤٦/٦١٩ ، ونجى على الوجه الآتى .

م ٧٤٤/٦١٧ : « ويستثنى من الأصول السالف ذكرها الموهوب له
والموصى له بشئ معين ، فانهما لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من
ز بمقابل ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاستعمال أو السكنى بعقد
تاريخ صحيح سابق على تسجيلها » .

م ٧٤٥/٦١٨ : « وإنما يجوز هذا الاحتجاج لمن حاز الحق بمقابل من
الموهوب له أو الموصى له إذا سجل عقده أو حقه بالأولوية » .

م ٧٤٦/٦١٩ : « فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين
يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » .

رابعاً - نصوص تقرر نظام القيد فى الحقوق العينية التبعية الواقعة على عقار
يجوز الاحتجاج بها على الغير ، وذلك فيما عدا الرهن الحيازى العقارى فقد
رأينا أنه كان خاضعاً لنظام التسجيل لا لنظام القيد ونكتفى بالإشارة إلى هذه
النصوص المتفرقة ، فهى فى الرهن الرسمى المواد ٦٨٩/٥٦٥ - ٦٩٠/٥٦٦ ،
وفى حق الاختصاص المواد ٧٢٢/٥٩٦ - ٧٢٦/٦٠٠ ، وفى حقوق الامتياز
العقارية المادة ٧٤١/٦١٤ . وكان يكتفى فى حفظ حق امتياز بائع العقار
بتسجيل عقد البيع ذاته دون حاجة لقيد حق الامتياز (م ٦٠١ سابقاً
٧٢٧/ سادساً) .

خامساً - فصوص تنظم عملة التسجيل ودفاره ، ونكتن بالإشارة إليها وهي
المواد ٧٥٠/٦٢٢ - ٧٧٤/٦٤١ .

٢٥٦ - ما يستخلص من الفصوص المنقولة : ويستخلص من
النصوص المتقدمة الذكر أن نظام الشهر في التقنين المدني السابق كان يخضع
الحقوق العينية الأصلية لنظام التسجيل ، ويخضع الحقوق العينية التبعية لنظام
القيد ، باستثناء الرهن الحيازي العقاري وحق امتياز بائع العقار ، فإن الحق
الأول كان يخضع لنظام التسجيل والحق الثاني كان يجوز حفضه بتسجيل عقد
البيع . وغنى عن البيان أن القيد في الحقوق العينية التبعية كان ضرورياً لإمكان
الاحتجاج بالحق على الغير . وفي التسجيل كان نظام الشهر يقرر تمييزاً جوهرياً :
فالحقوق العينية الأصلية كانت تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى التسجيل ،
أما بالنسبة إلى الغير فكانت لا تنتقل إلا بالتسجيل .

٢٥٧ - عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق : قلنا أن
عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق هي عيوب نظام الشهر الشخصي
من ناحية الترتيب ومن ناحية الحجية . ويزيد هنا ناحية ثالثة هي ناحية الحصر ،
فليست كل التصرفات التي يبنى شهرها واجبة الشهر في هذا النظام .

ونجمل الكلام في هذه العيوب فيما يأتي :

أولاً - من ناحية الترتيب - تعدد جهات الشهر : الشهر في هذا
النظام يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، ويزيد هذا العيب جساماً أن الشهر ليس
مركزاً في جهة واحدة بل هو موزع على جهات ثلاث .

فأما أن الشهر يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، فهذا هو المقوم الرئيسي لنظام
الشهر الشخصي ، وهو العيب البارز فيه . وقد قلنا أن صاحب المصلحة
لا يستطيع أن يعرف في هذا النظام كل ما وقع على عقار معين بالذات من
تصرفات وهذا هو الذي يعنيه ، بل إن ما يعرفه هو كل ما صدر من شخص

معبّر من التصرفات وهذا قد يفي محاجته وقد لا يفي (١) .

وأما أن الشهر ليس مركزاً في جهة واحدة ، فذلك راجع إلى النظام القضائي الذي كان قائماً في ذلك العهد . فقد كانت جهات الشهر في ذلك الوقت ثلاثة : المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . وكان الشهر يصح قانوناً في أية جهة من هذه الجهات الثلاث ، ولكن لا يكون نافذاً في حق الأجانب إلا إذا تم في المحاكم المختلطة (٢) . ولذلك كان الشهر أكثر ما يتم في قلم كتاب هذه المحاكم ، إذ يكون نافذاً في حق المصريين والأجانب جميعاً . ولكن بقيت المحاكم الشرعية جهة الشهر الطبيعية في التصرفات غير المعروفة في المحاكم المختلطة وهي الوقف . واستمرت أقلام الكتاب بالمحاكم الوطنية تقيد حقوق الاختصاص من تلقاء نفسها إذ القانون يوجب ذلك ، وكذلك أحكام الشفعة ونزع الملكية .

(١) وتريد المعربة باختلاف أبجدية اللغة العربية عن أبجدية اللغة الأجنبية ، وبتعدد اللغات الأجنبية التي تكتب بها الأسماء . فقد يبحث ذو المصلحة عن اسم ويحبه مكتوباً بحسب التهجئة الفرنسية فلا يجد ، فيوقن أن الشخص الذي يحمل هذا الاسم لم تصدر عنه تصرفات . وللواقع أن هذا الشخص صدوت منه تصرفات لم تظهر بالبحث ، لأن اسمه يكون مكتوباً بحسب التهجئة الإيطالية وهذه تختلف عن التهجئة للفرنسية . والأمثلة على ذلك كثيرة . وقد أورد الدكتور محمد شوقي في كتابه « الشهر العقاري علماً وعملاً » (ص ٥٢) مثلاً فيما كتبه بصدده قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ويصدق على ما قبله ، حيث يقول : « فتمت صعوبات ومساوي كثيرة نشأت من اختلاف الأبجدية العربية عن أبجدية اللغات الأجنبية . بل إن هذه اللغات ذاتها تختلف من حيث نطق حروفها الهجائية بعضها عن البعض ، كالحرف U الذي يلفظ بالإيطالية OU . فإذا فرضنا أن طالبا تقدم للبحث عن تصرفات باسم مراد Mourad أو جندی Guindi ، وأن الكاتب المكلف وهو إيطالي مثلاً كتب الكلمة من العربية للإيطالية Murad, Ghindi ، فالشهادة التي تظهر على أساس ذلك البحث لن تكون عن الاسم الصحيح ، وبالتالي قد تكون سلبية ، في حين أنها لو علمت عن الاسم الصحيح لكانت إيجابية » .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ - وانظر في تبادل الانحاطة بالتصرفات بين الجهات الثلاث الدكتور محمد شوقي « الشهر العقاري علماً وعملاً » ص ١٠ و ص ١٧ - وتقضى المادة ٣٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩١٠ بتكليف هذه المحاكم بأن توافي المحاكم المختلطة بملخصات العقود الناقلة للملكية ، وذلك بواسطة المحاكم الشرعية المكلفة بهذه المهمة . وهذا الإجراء هو في الواقع نتيجة لإلغاء وظيفة الموظف المختلط الذي كان ينتدب بأقلام المحاكم الشرعية . وتقضى المادة ٣٧٣ من اللائحة ذاتها بتكليف المكاتب المختلطة بدورها بأن توافي المحاكم الشرعية بملخصات دائرة عن كل ما تتسلمه من المحررات المشار إليها لكي تسجل لديها في سجلات دائرة معدة لذلك .

فكان ذو المصلحة إذا احتاط لأمره يبحث في كل من المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . ليستثنى من أنه استقصى جميع ما شهر من التصرفات التي نفيه .

ثانياً - من ناحية الحجية : ولم يكن لنظام الشهر في التفتين المدني السابق حجية كاملة كالحجية التي تفترون بنظام الشهر العيني أو السجل العقاري . فان الشهر بموجب نظام التفتين السابق ليس إلا تسجيل التصرف أو قيده كما هو على علته وبجميع ما ينطوي عليه من عيوب . فإذا كان التصرف صحيحاً قبل الشهر ظل صحيحاً بعده ، وإذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال أو مشوباً بأى عيب آخر ظل بعد الشهر مشوباً بهذا العيب . فالشهر لا يصحح عقداً باطلاً ولا يبطل عقداً صحيحاً ، كما قدمت . فإذا صدر بيع مثلاً من غير مالك ، وسجل عقد البيع ، ظل هذا البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل عقداً قابلاً للإبطال ، وهو على كل حال لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو بعد أن يسجل . أما في نظام الشهر العيني فان هذا البيع متى سجل ينقل الملكية إلى المشتري بحكم التسجيل ذاته لا بحكم البيع ، وبأخذ المالك الحقيقي الذي سلب ملكه على هذا الوجه تعويضاً عما أصابه من الضرر من خزانة الجهة القائمة على الشهر .

وزاد من جسامه هذا العيب أن المحررات التي كانت تقدم للشهر كانت تقبل كما هي ، دون فحص أو تحرر للاستيثاق من صحتها . وكان الناس يلجأون في تحرير تصرفاتهم إلى الكتابة العرفية لتجنب نفقات التوثيق ، وكثيراً ما كانت تأتي هذه التصرفات غير محكمة التحرير ، سواء في تعيين شخصية المتعاقدين أو في وصف العقار وتحديد . بل إنه لم يكن هناك ضمان أن التوقيع على هذه المحررات ليس مزوراً ، إذ لم يكن يطلب التصديق على إمضاء المتعاقدين ، فكثير من أجل ذلك شهر التصرفات المزورة .

ثالثاً - من ناحية المحصر : ولم تكن كل التصرفات التي ينبغي شهرها واجبة الشهر طبقاً لنظام التفتين المدني السابق ، فلم يحصر هذا النظام التصرفات

حصراً دقيقاً حتى يشملها جميعاً . وقد شاع القصور في شهر التصرفات ، ورجع ذلك إلى أسباب أربعة :

١- لم يكن التسجيل ضرورياً لنقل الحقوق العينية فيما بين المتعاقدين ، بل كان العقد وحده كافياً لذلك ، وهذا مبدأ جوهري من مبادئ نظام الشهر في التقنين المدني السابق أخذه عن نظام الشهر الفرنسي كما قدمنا . وترتب على ذلك من الناحية العملية أن كثيراً من المتعاملين كانوا لا يلجأون إلى شهر تصرفاتهم ، ويقنعون بأن الحق قد انتقل إليهم بموجب التصرف غير المسجل فيما بينهم وبين المتعاملين معهم . وهذا الاطمئنان الذي لا مبرر له كانت العادة تثبته ، وتشجع عليه الرغبة في تجنب إجراءات الشهر ونفقاته . فكان من ذلك أن يبقى التصرف دون أن يتناول له الشهر ، فلا يكون حجة على الغير ، وكثيراً ما كان يلجأ المتصرف الأول إلى التصرف مرة أخرى في العقار غشاً منه . فكان كثير من المتعاملين يضارون أبلغ الضرر من جراء ذلك ، كما كان كثير من التصرفات الواجبة الشهر لا تشهر فعلاً مما زعزع أسس نظام الشهر ذاتها .

٢ - وبفرض أن التسجيل تناول كل التصرفات الواجب شهرها ، فإن المعلنون نفسه كان يخرج بعض الوقائع الهامة من متطقة الشهر . فهو لا يدخل في هذه المنطقة إلا التصرفات فيما بين الأحياء . ويترتب على ذلك أنه لم يكن خاضعاً للشهر سبب هام من أسباب نقل الملكية ، وهو الميراث ، لأنه ينقل الملكية بالموت ، بل إنه ليس بتصرف قانوني . وقد نصت المادة ٧٣٦/٦١٠ من التقنين المدني السابق على هذا الحكم صراحة كما رأينا ، إذ تقول : « ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها إذا كانت آيلة بالإرث تثبت في حق كل إنسان بشبوت الوراثة » . فلا يخضع الميراث لنظام الشهر ، مع أنه سبب من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الحقوق . وكذلك الوصية لم تكن تخضع لنظام الشهر ، لأنها لا تدخل في نطاق التصرفات فيما بين الأحياء إذ هي تصرف لما بعد الموت . وقد نجم عن ذلك أن ثغرة واسعة قد انفرجت في بناء الشهر ، وأصبح من الصعب متابعة تسلسل انتقال الملكية في العقار ، وقامت مشاكل معقدة من جراء ذلك .

٣- وفوق ذلك قد ترك نظام الشهر ثغرة أخرى في التصرفات ما بين الأحياء ذاتها . فالمشروع قد ذكر في المادة ٦١١/٧٣٧ الحقوق الخاضعة لنظام الشهر وهي : الحقوق بين الأحياء الآيلة من عند انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتعلة على ترك هذه الحقوق . فلم يذكر التصرفات الكاشفة عن الحقوق العينية ، فهذه تصرفات هامة لم تكن خاضعة لنظام الشهر كما وضعه التقنين المدنى السابق (١).

٤- وأخيراً لم يكن نظام الشهر في التقنين المدنى السابق دقيقاً في فصل الحقوق العينية الأصلية التي تخضع لنظام التسجيل والحقوق العينية التبعية التي تخضع لنظام القيد . فقد أدخل بعض حالات الحقوق العينية التبعية في نظام التسجيل مع أن نظام القيد هو النظام الصالح لها (٢).

فعل ذلك في حالتين : (الحالة الأولى) هي الرهن الحيازى العقارى ، فقد أخضعه كما رأينا لنظام التسجيل دون نظام القيد في غير مبرر (٣). (والحالة الثانية) هي حالة امتياز بائع العقار ، فقد جاء في المادة ٦٠١ مابعداً ٧٢٧ مادمساً كما رأينا ما يأتى : « فإذا كان المبيع عقاراً ، كان ثمنه ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح » . وهذا النص يحفظ حق امتياز البائع

(١) وأغفل التقنين المدنى السابق أيضاً النص على تسجيل الوقف . وقد ذهب أحكام كثيرة (استئناف وطنى ١٥ أبريل سنة ١٩١٦ المحاماة ١ رقم ١ ص ٩ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ - ١٨ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٨) إلى أن القانون لا يستلزم تسجيل إثماد الوقف ليكون حجة على الغير . ولم تعدل المحاكم عن قضائها هذا إلا بعد صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٠ ، الذى أوجب تسجيل إثماد الوقف في سجلات المحاكم الشرعية . وقد عدل هذا القانون بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الصادر بترتيب لائحة المحاكم الشرعية .

(٢) فالقيد يجب تجديده كل عشر سنوات ، فيبقى التجديد ذو المصلحة عن البحث لمدة أكثر من عشر سنوات .

(٣) وإذا كان الرهن الرسمى وهو يخضع لنظام القيد يجب أن يكتب في ورقة رسمية ، فليس ذلك مبرراً لأن يكون الرهن الحيازى وهو يكتب في ورقة عرفية خاضعاً لنظام التسجيل ، إذ من السهل الحصول على البيانات اللازمة لتقيده حتى من الأوراق العرفية .

على العقار ، حتى لو اكتفى البائع بتسجيل البيع وذكر فيه أن الثمن أو جزءاً منه لا يزال مستحقاً في ذمة المشتري ، دون حاجة إلى قيد حق الامتياز ذاته . وكان المتعاملون فيه يكتفون فعلاً بذلك ، إذ كانت عقود البيع تسجل ، وفي تسجيلها شهر للعقد ذاته وفي الوقت نفسه حفظ لحق الامتياز .

المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣

٢٥٨ - محاولات الإصلاح السابقة على صدور قانون التسجيل

هذه العيوب التي بسطناها فيما تقدم جعلت نظام الشهر كما كان قائماً في التقنين المدني السابق نظاماً غير صالح ، وحثمت الكلمة على ضرورة إدخال نظام الشهر العيني أو السجل العقاري في مصر ، سدا لهذه الثغرات وتلافياً لهذه العيوب .

وقد بدأت حركة الإصلاح هذه بمشروعين قدمتهما الحكومة في سنة ١٩٠٢ إلى اللجنة التشريعية الدولية . وأول هذين المشروعين كان الغرض منه توحيد جهات الشهر وتركيزها جميعاً في جهة واحدة . وكان الغرض من المشروع الثاني إدخال نظام السجل العقاري في مصر . وقد فرغت اللجنة التشريعية الدولية من دراسة المشروعين ، وأقرتهما معاً في سنة ١٩٠٤ . ولكن هذه المحاولة لم يعقبها تنفيذ ، بل بقيت الأمور كما كانت من قبل ، وبقي المشروعان اللذان أقرتهما اللجنة التشريعية الدولية على حالتهما إلى سنة ١٩٢٠ ، إذ شكلت لجنة لبحث مشروع إدخال السجل العقاري في مصر ، فأعادت هذه اللجنة بحث المشروعين السابقين المذكورين وانتهت إلى إقرارهما مرة أخرى . وقد وافق مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ على تقرير هذه اللجنة الذي يقر المشروعين السابقين ، وشكل لجنة جابدة مهمتها دراسة الوسائل العملية وتعيين الطرق المناسبة للوصول إلى تحقيق الإصلاح المرجو . وقد رأت هذه اللجنة ، بعد دراسة عملية ، إرجاء إدخال نظام السجل العقاري حتى يتم التمهيد له باصلاحات ضرورية تجعل تنفيذه أمراً ميسوراً . واقترحت تحقيقاً لهذا الغرض مشروع قانون يدخل إصلاحات جوهرية في نظام الشهر ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العقاري . وعرض

مشروع القانون على الجمعية التشريعية المختلطة ليكون نافذاً على الأجانب ، فوافقت عليه في ٣٠ مارس سنة ١٩٢٣ (١).

فصدر بناء على كل ذلك قانون التسجيل في ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٣ ، وهو قانونان يشتملان على نصوص واحدة ، أحدهما قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ ويسرى على المحاكم الوطنية ، والآخر قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ ويسرى على المحاكم المختلطة . وقد جعل مبدأ سريان قانون التسجيل أول يناير سنة ١٩٢٤ ، أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ فتخضع في شهرها لنصوص التقنين المدني السابق كما قدمنا .

ولا تزال نصوص قانون التسجيل معمولاً بها في شأن جميع المحررات التي تم شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ نفاذ قانون تنظيم الشهر العقاري الذي نل قانون التسجيل ، فإن المادة ٥٦ من القانون الأخير - تنص على أن جميع المحررات التي تم شهرها في جهة من الجهات المختصة وفقاً للقواعد السارية قبل العمل بأحكام هذا القانون تكون حجة على الكافة من وقت العمل بهذه الأحكام . من أجل ذلك يكون متعيناً هنا أيضاً أن نورد أهم النصوص التي اشتمل عليها

(١) نصح المستشار القضاة منذ سنة ١٨٩٠ بإصلاح نظام الشهر ، فتم في سنة ١٩٠٢ إعداد مشروعين ، يرمي أولهما إلى توحيد أقلام التسجيل ، ويهدف ثانيهما إلى إحلال نظام السجل العقاري محل نظام الشهر الشخصي وهما المشروعان المشار إليهما في المتن . وقد مرض هذان المشروعان في سنة ١٩٠٤ على لجنة دولية فنية لبحثهما ، فأقرتهما في سنة ١٩٠٨ ، ولكن الدول صاحبات الامتياز لم توافق عليهما . وفي سنة ١٩١٧ عهدت لجنة الامتيازات إلى لجنة فرعية ، عرفت باسم لجنة دوسن نسبة إلى رئيسها مستر دوسن الذي كان مديراً لمصلحة المساحة ، ببحث موضوع إدخال نظام السجل العقاري في مصر . وقد استمرت اللجنة الفرعية في عملها بعد انقطاع لجنة الامتيازات ، وقد أعاد مجلس الوزراء في أول مايو سنة ١٩٢٠ تشكيلها كجنة مستقلة ، وانتهت اللجنة من عملها في أواخر تلك السنة . وألف مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٣ لجنة خاصة للبحث عن أفضل الطرق لتنفيذ اقتراحات لجنة دوسن على المصريين والأجانب جميعاً ، ولوضع مشروع قانون يتضمن اقتراحات اللجنتين معاً ، وهي اللجنة المشار إليها في المتن ، فوضعت المشروع الذي صدر به قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ (أنظر الأستاذ محمد كامل مرسي في شهر التصرفات العقارية فقرة ٣٧ وما بعدها - الأستاذ أنور سلطان ص ١٨٨ هاشم رقم ١ - مقالاً للأستاذ محمد علي هرق في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ العدد الثالث) .

قانون التسجيل، ونبين بعد ذلك ما عالجته هذا القانون من عيوب في نظام التقنين المدنى السابق ومابقى قائماً من هذه العيوب .

٢٥٩ - أهم مصوص قرار التسجيل : يتناول قانون التسجيل

المحررات التى يجب شهرها ، ثم ينص على ما يجب القيام به لتحرى الدقة فى هذه المحررات .

أولاً - المحررات التى يجب شهرها : أما المحررات التى يجب شهرها

فبعضها يخضع لنظام القيد ، وهى المحررات المتعلقة بالرهن الرسمى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، وهذه تركها لتصوص التقنين المدنى السابق وقد تقدم ذكرها . أما ما يخضع منها لنظام التسجيل فقد تناولها على الوجه الآتى :

١ - تناولت المادتان الأولى والثانية العقود المنشئة للحقوق العينية العقارية أو الناقلة أو المغيرة أو المزيله لها والأحكام المثبتة لهذه العقود ، وكذلك العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية وعقود الإيجار والمحالصات بالأجرة . ورتبت على عدم التسجيل فى الطائفة الأولى عدم إنتاج الأثر بالنسبة للمتعاقدين ، وفى الطائفة الأخرى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير فقط .

فقد تناولت المادة الأولى على أن جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو غير عوض ، والتى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيى عتارى آخر أو بفسد أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية التى يترتب عليها شىء من ذلك ، يجب إشهارها بواسطة تسجيلها فى قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن فى دائرتها العقار أو فى المحكمة الشرعية ، وذلك مع مراعاة التصومى المعمول بها الآن فى مواد الامتياز والرهن العقارى والاختصاصات العقارية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين . وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص

الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين .

ونصت المادة الثانية على أنه : يجب أيضاً تسجيل ما يأتي : أولاً - العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق عينية العقارية الأخرى المشار إليها في المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية . ثانياً - الإجراءات التي تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً (١) . فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير (٢) . كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخها استدليس غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة ، لا يكون للغير سوى حق تخفيض الإجارة إلى تسع سنوات إذا زادت مدتها عن ذلك ، وعدا عدم اعتماده ما دفع مقدماً رائداً عن أجرة ثلاث سنين .

٢ - وتناولت المواد ٧ و ١٠ و ١٢ دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع المقدمة ضد العقود واجبة التسجيل ، وهي العقود التي تقدم ذكرها في المادتين الأولى والثانية ، لأنها دعاوى من شأنها أن تزيل أثر هذه العقود ، فوجب شهرها إما بالتأشير على هامش تسجيل العقد إذا كان العقد قد سجل ، وإما بتسجيل صحيفة الدعوى إذا كان العقد لم يسجل . وكذلك تناولت هذه المواد دعوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية ، لأنها دعوى قد تكون نتيجهما الكشف عن أن صاحب الحق العيني هو غير الشخص المعروف للناس ، فوجب شهرها هي أيضاً إما بالتأشير على هامش تسجيل المحرر الذي يثبت الحق للمدعى عليه

(١) وأغل النص المحاولة بالأجرة مقدماً كـ أغفلها التقنين المدق السابق (م ٦١٣ ، ٧٤٠) . وتدارك الأمر قانون تنظيم الشهر العقاري ، فذكرها في المادة ١١ منه .

(٢) وقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل علة التفرقة بقولها : « هناك عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأن لم تكن بمجرد عدم تسجيلها ، فالأحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التي من هذا القبيل يجوز اشتراط تسجيلها حتى يعلم بها الغير مع النص على أنها لا تكون حجة على الغير إذا لم تسجل . إلا أنه لا يمكن تجريد هذه الأحكام وهذه العقود من قيمتها الجوهرية وهي الإقرار بحق سابق الوجود ، وهذا الاختلاف في النوع الذي ينجم عنه الاختلاف في الأثر المترتب على تسجيل هذا أو ذلك النوع من العقود والأحكام يعبر وضع مادتين مختلفتين . »

إما كان هذا المهرر موجوداً وسبق تسجيله ، وإما بتسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق إذا كان المهرر غير موجود كما في الحيازة أو كان موجوداً ولم يسبق تسجيله (١) . ونصت هذه المواد أيضاً على وجوب التأشير بمنطوق الحكم الذي يصدر في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع والاستحقاق ، إما في ذيل التأشير بالدعوى إذا كانت صحيفة الدعوى قد أشر بها على هامش تسجيل المهرر ، وإما في هامش تسجيلها إذا كانت صحيفة الدعوى قد سجلت على النحو الذي قدمناه . ونصت أخيراً على أثر تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها في الدعاوى المتقدمة الذكر والتأشير بالحكم الصادر في هذه الدعاوى ، فجعلت الحق العيني حجة على الغير من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها لا من تاريخ التأشير بالحكم محسب .

ونورد هذه النصوص : نصت المادة ٧ من قانون التسجيل على أنه يجب

(١) وقد أدخلت محكمة النقض دعوى صحة التعاقد ضمن دعاوى الاستحقاق ، باعتبارها دعوى استحقاق بحسب المال ، وقالت في أسباب حكمها : « بما أن المادة السابعة من قانون التسجيل نصت على أنه يجب التأشير على هامش سجل المهررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدّها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المهرر الأصل لم يسجل سجل تلك الدعاوى ، وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها التأشير بها كما ذكر . ويستفاد من الشرط الأخير للمادة أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد سجل ، وقد تكون مبنية على وضع يد أو ميراث أو عقد غير سجل أو عقد شفوي ، إذ عموم النص يعم ذلك . لهذا يجب لجمل عموم النص مفيداً أن تفسر دعاوى الاستحقاق الواردة في المادة السابقة بالدعاوى التي يكون غرض رافعها منها الوصول إلى الاستحقاق حالاً أو مآلاً ، كدعاوى صحة التعاقد العرفي ودعاوى إثبات البيع الشفوي ، لأنها تؤدول بعد تسجيل الأحكام صادرة فيها إلى استحقاق رافعها للملكية العقار موضوع الدعوى . ولا غرابة أن يكون المشرع وضع عبارة دعاوى الاستحقاق وقصد منها دعاوى الاستحقاق ولو مآلاً ، فقد جرى على ذلك في المادة الأولى من قانون التسجيل إذ عبر عن العقود الواجب تسجيلها بأنها من شأنها إنشاء حق ملكية العقار أو حق عيني مع أنها لا تنشئ ذلك الحق إلا بعد تسجيلها ، فعبارة « من شأنها إنشاء حق الملكية » وضعت للملحظة مآلاً » (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٨ ص ٥٢٢ - رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٨ ص ٥٢٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ الحاماة ٣١ رقم ٤٩ ص ٩٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ . ونسرد إلى هذه المسألة : أنظر مايل فقرة ٢٧٣ .

التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى . وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكره . ونصت المادة ١٠ من قانون التسجيل على أن « يؤشر بمنطوق الحكم الصادر فى الدعاوى الميئنة بالمادة السابعة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » . ونصت المادة ١٢ على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤشربه طبق القانون ، يكون حجة على من ترتب لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو تأشير بها . وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابه (١) » .

٣ - ولم يقتصر قانون التسجيل على تنظيم شهر الحقوق العينية ومعها عقود الإيجار والمخالفات ، بل نظم أيضاً شهر الحقوق الشخصية إذا كانت مضمونة بتأمينات عينية عقارية كرهن أو امتياز ، لأن انتقال الحق الشخصى فى هذه الحالة من دائن إلى دائن يقتضى انتقال التأمين العينى معه ، فيجب - شهر انتقال التأمين العينى حتى يمكن الاحتجاج به على الغير . ويتم الشهر عن طريق التأشير بهامش القيد الأصلى للتأمين .

(١) وبالرجوع إلى النصوص والمبادئ السارية وقت اكتساب هذه الحقوق ، وهى مبادئ التقنين المدنى السابق ، يتبين أن القاعدة من أن البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع لها عادة أثر رجعى ، فتزول حقوق الغير بحكم هذا الأثر ، وذلك إلا فى حالات استثنائية إذا كان الغير دانئاً مرتهناً وهذا رسمياً وكان حسن النية فإن حقه لا يتأثر بما يصيب ملكية الراهن من زوال بسبب البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . وسنرى أن المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى وسعت هذه الحماية لغير حسن النية ، فلم تقصرها على الدائن المرتهن حسن النية ، بل شملت كل من تلق حقاً عينياً على العقار بحسن نية وقام بشهره قبل تسجيل دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو التأشير بها (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدوي ص ٣٠٣ - ص ٣٠٤) . وقد وسعت محكمة الاستئناف المختصة فى أحد أحكامها هذه الحماية قبل العمل بقانون تنظيم الشهر العقارى ، فقضت بأن دعوى الفسخ التى سجلت صحيفتها بعد تسجيل عقد بيع صادر من المشتري إلى مشتر ثان لا يبرئ حكم الفسخ الصادر فيها فى حق المشتري الثانى (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٤م ٥٦ ص ٤٨) .

وهذا ما تكفلت به المادة ١٣ من قانون التسجيل ، فنصت على أنه
ولا يصح التمسك في وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز
عقارى ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذه
الحقوق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن رتب الرهن
العقارى ، إلا إذا حصل التأشير بذلك بهامش التسجيل الأسمى . ويتم التأشير
بناء على طلب المحول إليه أو الدائن المرتهن أو الذى حل محل الدائن السابق ،
وبشتمل التأشير : أولاً - على تاريخ السند وصفته . ثانياً - على أسماء الطرفين
وألقابهم وصناعتهم ومحل إقامتهم . ثالثاً - على بيان التسجيل الأسمى مع عمرته
المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة السجل .

ثانياً - ما يجب القيام به لعملى الدقة فى المحررات واجبة الشهر :
وقد توخى قانون التسجيل عملى الدقة فى المحررات واجبة الشهر ، حتى تكون
خالية من العيوب بقدر الإمكان قبل تسجيلها .

فنصت المادة ٣ من قانون التسجيل على أنه : يجب أن تشمل المحررات
المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة
أو المفيدة فى الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين العقار بلذات ، وعلى
الأخص : (أ) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم وكذلك محل
إقامة الطرفين . (ب) بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمر القطع إذا كانت
واردة فى قوائم فك الزمام ، وكذلك حدود ومساحة القطع بأدق بيان مستطاع .
وعب فى عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك
تاريخ ونمرة تسجيل عقده إذا كان مسجلاً .

ونصت المادة ٤ من قانون التسجيل على أن : المحررات العرفية التى
لا تشمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لا يمكن تسجيلها إلا بعد الحصول
على ترخيص بذلك من قاضى الأمور الوقفية . وعلى كل حال تأخذ هذه
محررات فى دفتر العرائض نمراً مسلسلته تحفظ لها دورها حتى يصدر أمر
القاضى ، ويجب تقديم الطلب إليه فى مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً (١) .

(١) أى من تاريخ أخذ المحرر النمرة المسلسلة .

ونصت المادة ٥ من قانون التسجيل على أنه : تسهلاً لمرعاة ماورد في المادة الثالثة تقدم الحكومة لأرباب الشأن نماذج مطبوعة لأهم العقود التي يقضى القانون بتسجيلها .

ونصت المادة ٦ من قانون التسجيل على أنه : يجب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل . ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين الذين يعينون بالقرارات المنصوص عنها في المادة السابعة عشرة .

فيتلخص إذن مايجب القيام به لتحرى الدقة في المحررات واجبة الشهر في الأمور الآتية : (١) الدقة والتعريف بشخصية المتعاقدين . (٢) الدقة في تحديد ذاتية العقار وأصل ملكية البئع له . (٣) التصديق على إمضاءات وأختام المتعاقدين .

٢٦٠ - ماعالجه قانونه التسجيل من وجوه النقص في نظام الشهر

السابع عليه : وزى مما تقدم أن قانون التسجيل خالج بعض وجوه النقص التي كانت بارزة في نظام الشهر الذى وضعه التقنين السابق . وأهم وجوه النقص التي عالجها هى :

أولاً - جعل التسجيل لازماً في نقل الحقوق العينية ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضاً فيما بين المتعاقدين . فدفع للناس بذلك إلى أن يحرصوا على تسجيل العقود أكثر مما كانوا يفعلون في عهد التقنين المدنى السابق، حيث كان الحق العيى ينتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين مما كان يغرى بالاكفاء بهذا الأمر . على أن ظاهرة الإهمال في تسجيل العقود لم تختف بالرغم من ذلك في عهد قانون التسجيل . وقد جعل هذا القانون تسجيل العقد بعوض ضرورياً حتى في مواجهة الموهوب له الذى سجل عقده قبل تسجيل المعاوضة ، وقد رأينا أن التقنين المدنى السابق يقدم المشتري الذى لم يسجل عقده على الموهوب له الذى سجل الهبة .

ثانياً - تناول قانون التسجيل في وضوح العقود والأحكام الكاشفة عن

الحقوق العينية ، كالقسمة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير .

ثالثاً - تناول قانون التسجيل دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع في العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شهرها ، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التي تصدر في هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب .

رابعاً - تناول قانون التسجيل الحقوق الشخصية المضمونة بتأمين عيني عقارى ، فأوجب شهر حوالتها أو رهنها أو حلول دائن جديد فيها محل الدائن الأصلي في الحق أو في المرتبة ، ليجوز الاحتجاج بذلك كله على الغير .

خامساً - اتخذ قانون التسجيل إجراءات حاسمة أوجب القيام بها لتحرى الدقة في تحرير العقود واجبه للـ . فحطاً بذلك خطورة جدية نحو إدخال نظام السجل العقارى وما يتطلبه هذا النظام من الدقة التامة في ذلك . ففرض كما رأينا تحديد شخصية المتعاقدين وذاتية العقار وأصل ملكية البائع له ، وأوجب التصديق على الإمضاءات والأختام توقيماً للتزوير

٢٦٦- ما نركه قانونه التسجيل دور مهم من عيوب نظام الشهر

السابق عليه . وإذا كان قانون التسجيل قد قطع مرحلة في التمهيد لإدخال نظام السجل العقارى في مصر تحقيقاً للغرض الذى سن من أجله كما جاء في ديباجته (١) ، فإنه لم يقطع الطريق إلى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيراً من عيوب نظام الشهر الذى قرره التنصيص المدنى السابق . وأهم هذه العيوب التى بقيت لاصقة بنظام الشهر في عهد قانون التسجيل هي :

أولاً - بقاء نظام الشهر نظاماً شخصياً وفقاً للأسماء لا تبعاً للعقار ، وقد

(١) فقد جاء في ديباجة هذا القانون : « وبعد الاطلاع على ما قرره مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ من الموافقة مبدئياً على إدخال نظام السجلات العقارية في القطر المصرى . وحيث أنه يجب قبل إدخال هذا النظام في البلاد إجراء بعض تعديلات في النظام أخال الخاص بالحقوق العينية العارية » .

قدمنا أنه لا يتحول إلى نظام عيني إلا بإدخال نظام السجل العقارى .

ثانياً - يبقى الشهر لاحجية له فى ذاته ، فالعقد يشهر على علامته ، فان كان باطلا يبقى باطلا ، وإن كان لاينقل الحق المبني فهو لاينقله حتى بعد الشهر . وقد قدمنا أن الحجية الكاملة المترتبة على الشهر فى ذاته لا تكون إلا بإدخال نظام السجل العقارى .

ثالثاً - بقيت جهات الشهر متعددة ، ويبقى الشهر جائزاً فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، كما كان الأمر فى عهد التقنين المدنى السابق .

هذه هى العيوب الرئيسية الثلاثة التى لم يعالجها قانون التسجيل ، وكان من المتعذر عليه معالجتها قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية أو التخفيف منها بالنسبة إلى تعدد جهات الشهر ، وقبل إدخال نظام السجل العقارى بالنسبة إلى النظام الشخصى وإلى الحجية غير الكاملة للشهر .

يضاف إلى هذه العيوب الرئيسية غيبان آخران ، كان فى استطاعة المشرع أن يعالجهما فى قانون التسجيل لو أنه توخى مزيداً من العناية ، وهذان العيبان هما :

أولاً - لم يستصحب قانون التسجيل استقصاء تاماً للمحررات التى يجب شهرها . فهو قد اقتصر فى التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، وترك التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوقف إذ ببقى شهره مقصوراً على المحاكم الشرعية ، وترك كذلك التصرفات والوقائع التى تنقل الملك بسبب الموت وهى الوصية والإرث ، وعدم شهرها ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره التقنين المدنى السابق ، فبقى ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره قانون التسجيل . وترك أيضاً دون شهر القرارات الإدارية التى تنقل الملك كمرسوم نزع الملكية وكاذن الحكومة فى إحياء الأرض الموات وكقرار وزير المالية فى توزيع طرح البحر . ولم ينص صراحة على شهر دعوى صحة التعاقد مع أهمية النص . على ذلك ، وإن كانت محكمة النقض أدخلت هذه الدعوى فى شئ من التجاوز ضمن دعاوى الاستحقاق .

ثانياً - لم يجمع قانون التسجيل نظام القيد إلى نظام التسجيل ، بل فرقهما ، فتكفل هو بنظام التسجيل وترك نظام القيد كما كان منصوصاً عليه في التقنين المدنى السابق . وهذا سبب استحداثه قانون التسجيل إذ لم يكن موجوداً في التقنين المدنى السابق ، فقد كان هذا التقنين يشتمل على النظامين معاً وإن تباينت النصوص في أماكن متفرقة متباعدة . وكان الخبر أن يجمع للتسجيل والقيد في نظام واحد ، وأن يلتمس شتات النصوص المتفرقة التي تعرض لكل من الأمرين . ولو فعل قانون التسجيل ذلك ، لأمكن تدارك عيب وقع فيه التقنين المدنى السابق ، وهو إبقاء بعض الحقوق العينية التبعية - رهن الحيازة العقارى وامتياز بائع العقار - خاضعة لنظام التسجيل دون نظام القيد الذى كان من الواجب أن تخضع له كل الحقوق العينية التبعية .

المرحلة الرابعة - فى نظام الشهر فى قانون تنظيم الشهر العقارى

٢٦٢ - الظروف المهربة لصور هذا التشريع : تبيأت

الظروف للتقدم بنظام الشهر مرحلة رابعة . فقد كانت العيوب التي لم يعالجها قانون التسجيل ، والتي أشرنا إليها فيما تقدم ، عيوباً جديدة تحول دون مرعة الأخذ بنظام السجل العقارى . ثم إن نظام الامتيازات الأجنبية ، عند ما كان متغلغلاً فى مصر ، منع من توحيد جهات الشهر كما رأينا . فعند ما لاحت بارقة فى إلغاء هذا النظام . ثم عند ما تقرر إلغاؤه فعلاً ، ودخلت مصر فى مرحلة انتقالية مدتها اثنتا عشرة سنة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩ تمهد لإلغائه إلغاء تاماً ، كانت الظروف مواتية للنظر فى توحيد جهات الشهر حتى قبل إلغاء نظام الامتيازات وفى أثناء مرحلة الانتقال وقد أوشكت على الانقضاء .

هذه الظروف مجتمعة هيأت الجو لإصدار تشريع جديد يعالج العيوب التي تركها قانون التسجيل . دور علاج فى نظام الشهر ، وبوجه خاص يوحد جهات الشهر فى جهة واحدة فتزول المساوئ الناجمة عن تعدد الجهات . وقد كان التقنين المدنى الجديد فى طريقه إلى الصدور وقت ذاك ، وكان من الممكن تضمينه هذا التشريع الجديد . وقد تضمنه المشروع النهائى للتقنين الجديد فعلاً ،

لولا أن اللجنة التشريعية لمجلس النواب رأت جعل نظام الشهر العقارى فى قانون خاص منفصل عن التقنين المدنى ، لأنه على كل حال قانون مؤقت الغرض منه التمهيد لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فقصيره حتماً إلى الزوال بمجرد إدخال هذا النظام .

فصدر قانون تنظيم الشهر العقارى - وهو قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ - فى ١١ من شهر أغسطس سنة ١٩٤٦ ، ليكون معمولاً به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . وهذا هو التشريع المعمول به فى الوقت الحاضر ، ويسرى على جميع المحررات واجبة الشهر التى تصدر من تاريخ العمل به . أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ فيسرى عليها قانون التسجيل ، ويسرى على المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ نصوص التقنين المدنى السابق . وقد تقدم ذكر ذلك .

فستعرض أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ، ثم نبين وجوه الإصلاح التى حققها ، والعيوب التى تركها دون علاج إلى أن يتم إدخال نظام السجل العقارى فى مصر

٢٦٣ - أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى : نذكر نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى توحيد جهات الشهر والمحررات الواجب شهرها وإجراءات الشهر .

أولاً - توحيد جهات الشهر : وحد قانون تنظيم الشهر العقارى جهات الشهر فى جهة واحدة هى مكاتب الشهر العقارى ، وألغى الجهات المتعددة التى كان الشهر يتم فيها بالغاء أقلام التسجيل الملحقه بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية . نرى ذلك فى النصوص الآتية :

نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن : ينشأ فى المديرية والمحافظات مكاتب للشهر العقارى تنولى شهر المحررات التى تقضى القوانين بتسجيلها وبقيدها . وتتبع هذه المكاتب وزارة العدل ، ويعين بمرسوم مقرر كل منها ودائرة اختصاصه ، ويلحق بكل مكتب مديريات يعين بقرار وزيرى مقرر كل منها ودائرة اختصاصه .

ونصت المادة ٢ على أن ينشأ مكتب رئيسي مقره مدينة القاهرة يرأسه
مدير ، يعين بمرسوم ، ويتولى هذا المكتب إدارة مكاتب الشهر العقاري
والمساحة وحفظ صور لجميع المحررات التي شهِرت فيها وصور من الفهارس
الخاصة بها .

ونصت المادة ١/٥ على أن يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره
بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصه .

ونصت المادة ٤ على أن تلتزم أفلام التسجيل الملحقة بالحاكم الوطنية
والإدارة والشرعية ، وتحل محلها مكاتب الشهر العقاري . وبمحال ما بهذا
الترتيب وما بمصلحة المساحة من السجلات والفهارس وغير ذلك من الوثائق
الخاصة بشهر المحررات إلى هذه المكاتب .

ثانياً - المحررات الواجب شهرها : وأما المحررات الواجب شهرها ، فقد
. القانون في ذلك بين المحررات التي تخضع في شهرها لنظام التسجيل وتلك التي
خضع لنظام القيد .

١ - فالمحررات التي تخضع لنظام التسجيل استقصاها القانون
. المسرودات سواء كانت منشئة أو كاشفة ، وفي واقعة الإرث ، وفي الدعوى .
قد تناولت المواد ٩ إلى ١١ التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة . فررد
نص . في التصرفات المنشئة ، وأدخلت جميع التصرفات سواء كانت صادرة
عن كالعقود أو من جانب واحد كالوقف ، وسواء كانت بين الأحياء
. أو بسبب الموت كالوصية . فدخل بذلك في التصرفات وأجبة الشهر
رقف والوصية وقد نص القانون على ذلك صراحة . وكان هذان التصرفان
لا يتناولهما قانون التسجيل كما سبق القول . وجعل الجزاء على عدم التسجيل في
تصرفات المنشئة أن الحق العيني لا ينتقل بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين
قدين ، أما في التصرفات الكاشفة فيرتب على عدم تسجيل أن الحق
العيني لا يكون حجة على الغير فقط . وألحق بالتصرفات المنشئة والتصرفات
الكاشفة الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على

تسع سنوات والمخالصات والحوالات (١) بالأجرة مقدما لأكثر من ثلاث سنوات ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ونورد هذه النص ص :

نصت المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن : جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن (٢) . ونصت المادة ١٠ على أن : جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية

(١) وقد رأينا أن كلا من التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل لم يذكر حوالة بالأجرة إلى جانب الخالصة .

(٢) ونقول المذكورة الإيصاحية تمسكاً على هذا الصحن إنه مقتبس من المادة الأولى من قانون التسجيل مع إدخال تعديلات عليها . وأهم هذه التعديلات احتيد لـ كلمة « المستوفى » بكلمة « المقود » لأنها أشمل في مدلولها ، فهي تتناول كل جانب المقود والاتفاقات الأفعال القانونية التي تصدر من جانب واحد ، فيقع وحكم النص الوقف والتصرفات الإدارية التي تتناول حقوقاً عينية عقارية كتراسيم نوع الملكية كمنفعة العامة والإذن الذى يعطيه الحكومة فى إحياء الأرض الموتى وقرارات وزير المالية بتوزيع البحر بحراً بأحكام القانون رقم ١٩٢٣ لسنة ١٩٢٣ . كذلك مذات من النص عبارة « التصاريح بين الأحياء » حتى تشمل مدلول التصرفات المضافة إل ما بعد الموت كالوصية .

هذا وقد قدمنا أن قانون التسجيل كان لا يوجب تسجيل التصرفات الإدارية التى تنال حقوقاً عينية عقارية . وقد قضت محكمة النقض فى هذا الصحن بأن المالك لا يكون قد أحيى إلا بقضى بتثبيت ملكية المشتري لأطيان من طرح البحر بفقود غير مسجلة فى سجل التوزيع وفى ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ ، وذلك أن المدين القانونيين لم يوجب تسجيل القرارات الإدارية لتوزيع طرح البحر . ولا يغير من هذا النظر أن تكون المادة التاسعة من القانون رقم ١٩٤٦ لسنة ١٩٤٦ تشمل نصها إلى جانب المقود والاتفاقات الواجب شهرها التصرفات الإدارية التى تتناول حقوقاً عينية عقارية كقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر ، أو أن تكون المادة العاشرة من القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٤٢ الحاص بطرح البحر وأكمله قد نصت على أن يوزع طرح البحر بقرارات وزير المالية ويكون سنداً له قوة سند التراسيم . ولما يجوز أن يكون وسم ، إن ليس المدين القانونيين أمر بوجوب فلا يوجب على القرارات الإدارية . لهذا لا يصح أن ٢٤ يرفق سنة ١٩٤٤ بحكومة أعلام بضمير ١٩ و ٢٠ من ١٩٤٤ .

الاصية يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالاً موروثية (١) . ونصت المادة ١١ على أنه : يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالفات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالفات والحوالات .

وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، وهي واقعة الإرث ، فأخضعتها للشهر لما في شهرها من أهمية بالغة ، إذ هي من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية كما سبق القول . فنصت على أنه : يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث ، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإلى أن يتم هذا لتسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه

(١) وقد ورد النص صراحة على قسمة الأموال الموروثة لأنها كانت محل لبس في وجوب تسجيلها في عهد قانون التسجيل . ويرجع السبب في ذلك إلى أن الأثر الكاشف لقسمة الأموال الموروثة يجعل انتقال الملكية بسبب الوفاة ، وانتقال الملكية بسبب الوفاة لم يكن خاضعاً للشهر في عهد قانون التسجيل . ولكن الراجح في الفقه والقضاء في ذلك العهد هو تسجيل قسمة الأموال ولو كانت موروثة ، لأن القسمة جعلت المال الموروث مفرزاً بعد أن كان شائعاً (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٦٢ ص ٢٤٩) .

هذا وإذا تعارض تصرف منشئ مع تصرف كاشف ، فالعبرة بالأسبقية في التسجيل ، لأن كلا التصرفين لا يمتد في حق الغير إلا بالتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك في ملك شائع الذي يتصرف في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر مثلاً للمشتري منه إذا سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصص المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة ، ففضلت محكمة النقض عقد البيع على الحكم بالقسمة لأن عقد البيع سجل أولاً (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٤ ص ٣٧٠ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥) .

الحقوق (١). ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبني على أساسها تصرفات الورثة (٢) . وقد بينت المواد ٤٨ إلى ٥٣ الإجراءات التي تتبع في شهر حق الإرث . وأخضعت المادة ١٤ الديون العادية لدائني التركة للشهر ، فنصت على أنه يجب التأشير بالمحررات المثبتة للدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشارات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتاج هذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فلادائن أن يحتاج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير (٣) .

وتناولت المواد ١٥ إلى ١٧ الدعاوى الواجب شهرها ، وهي جميع الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر واجب

(١) وقد قضت محكمة دمنهور للكلية بأن القانون لا يمس مبدأ أبلولة المقاربات إل الوارث بمجرد تحقق وفاة المورث وقيام سبب الإرث ، دون أن يعتبر حق الإرث تصرفاً من التصرفات القانونية . لذلك لم يعد هناك وجه لجعل انتقال حق الملكية إل الوارث متوقفاً على شهره . لكن إذا أراد الوارث أن يجرى حل مظار تلقاه بالميراث أي تصرف ، واحتاج الأمر إل شهر هذا التصرف الأخير ، فإنه حل الوارث أن يقوم أولاً بشهر حق الإرث . وهذه الأنواع هي التي يتعين الأخذ بها بمناسبة حل الوقف حل غير جهات الر (دمنهور الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ الهامة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤) .

(٢) ومن ثم إذا أراد الوارث التصرف في عقار معين في التركة ، لم يلزمه أن يشهر حق إرث من عقارات التركة جميعها ، بل يقتصر حل شهر حق الإرث في هذا العقار وحده . ولكن يفترض في هذه الحالة أن هذا العقار وحدة يبني حل أساسها تصرفات الورثة ، فلا يستلج الوارث أن يتصرف في العقار إلا بقدر حصته في التركة (الأستاذ محمد علي أمام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٤) .

(٣) وإذا لم يشهر الوارث حق الإرث لعدم صدور تصرف منه يقتضى هذا الشهر ، كان لدائن التركة أن ينفذ حل أعيان التركة وهي في يد الوارث . وإذا لم يستطع الدائن أن ينفذ بدنه بحيث يكون تأشير نافذاً في حق المشتري لعقار من الوارث ، كان للدائن أن ينفذ بدنه على أموال التركة الأخرى التي تبني في يد الوارث (الأستاذ محمد علي أيام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦) .

وهذا وتأشير الدائن بحقه ليس لارماً إذا عين لفرقة مصف ، إذ يكن قيد الأمر بتعيين المصنف في السجل المعد لذلك في المحكمة (م ٨٧٩ / ٢ و ٩١٤ مدني) .

الشهر وجوداً أو صحة أو نفاذاً . فعلم النص عما كان عليه في قانون التسجيل ، وأصبحت دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والوجوع غير مذكورة على سبيل المحصر بل على سبيل التمثيل (١) . فتدخل بذلك الدعوى البولصبة ضمن الدعاوى الواجبة الشهر لتكون حجة على الغير الذي يتعامل مع من تصرف له المبيع ، إذ هي دعوى عدم نفاذ وليست بدعوى إبطال (٢) . وذكرت النصوص أيضاً دعوى الاستحقاق (٣) ، ولم تنقل دعوى صحة التعاقد بل أفردتها بالنص إذ هي في الواقع ليست بدعوى استحقاق بالرغم من أن محكمة النقض أدرجتها ضمن دعاوى الاستحقاق لتتلافى عيب إغفالها في قانون التسجيل . ونورد الآن هذه النصوص :

نصت المادة ١٥ على أنه يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف

(١) ويوجد فرق آخر بين قانون التسجيل وقانون الشهر في حجية تسجيل الدعوى . فقانون التسجيل لا يحمي الذم الذي سجل حقه قبل تسجيل الدعوى إلا إذا كان دائماً مرتبطاً بحسن النية . أما في قانون الشهر فيحمي صاحب أي حق عيني حسن النية كالمشتري وصاحب حق الانتفاع ، ولا تقتصر الحماية على الدائن المرتهن ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٥٩ في المجلد ١٠) .

(٢) وقد استبدل المشرع عبارة « الواجب الشهر » بعبارة « الواجبة التسجيل » الواردة في المادة ٧ من قانون التسجيل ، فأصبح نص قانون الشهر يتسع لدعاوى الطعن في المحررات التي تظهر بطريق القيد كدعوى شطب الرهن (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٧ ص ١٩٨) . (٣) ولا تؤخذ عبارة « دعوى الاستحقاق » على إطلاقها ، ولا يقصد بها الدعوى التي يرفضها المالك الحقيقي على واضح اليد لاسترداد عقاره ، فإن هذه الدعوى إذا سجلت وحكم للمالك الحقيقي . فكيف للمقار كان هذا أحد حجة للمشتري من واضح اليد ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التي يرفضها المالك على واضح اليد في الأحوال التي يكون فيها تصرف واضح اليد في المقار نافذاً في حق المالك كدعوى الاستحقاق التي يرفضها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى الصورية التي يرفضها البائع بمقتضى صوري ضد المشتري . فإذا باع الوارث الظاهر المقار لمشتري حسن النية وسجل المشتري عند شرائه قبل تسجيل دعوى الاستحقاق ، لم يبرأ الحكم بالاستحقاق في حق المشتري . وإذا عصى المشتري بمقتضى صوري المقار لمشتري آخر حسن النية وسجل هذا المشتري الآخر عند شرائه قبل تسجيل صوري الصورية ، لم يبرأ الحكم بالصورية في حق المشتري الآخر . (نائب الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٨ - الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٢٠٣ ص ٣٠٥ - استئناف مخطوط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٢٩) .

الذى يتضمنه المهرر وجرداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المهرر الأصل لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأشير بها على حسب الأحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية . وتحصل التأشيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقبدها بجدول المحكمة . ونصت المادة ١٦ على أن « يؤثر بمنطوق الحكم الناقى فى الدعاوى الميئة بالمادة السابقة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » . ونصت المادة ١٧ على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا نقرر بحكم مؤثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحدن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما (١) » .

ب - والمهررات التى تخضع لنظام التبر جميعها قانون الشهر مع المهررات التى تخضع لنظام التسجيل ، فتناولتها المواد ١٢ و ١٩ و ٥٨ ، فأخضعت

(١) كانت المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى تنص فى فترة ثالثة على ما يأتى : « ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند إليه الدعوى » . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ يحذفها نصيحاً لنص (الأستاذ أنور سلطان فترة ١٢٥ ص ١٩٩ مائس رقم ٢) . والغير الذى كسب حقه وسجل قبل تسجيل صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب الحق بعقد جدى لا بعقد صورى ولا بعقد باطل بطلاناً ، مطلقاً ، لأن التسجيل لا يمكن أن يرتب لعقد الصورى ولا للعقد باطل آثاراً قانونية لم تكن له ، ليقتف فى مضمار المناضلة مع عقد جدى ولو كان غير مسجل (نقض مدق ١٢ يناير سنة ١٩٢٦ مجموعة عمر ١ رقم ٤٤ ص ٥٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٠٦ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٤٠٤ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٣ المجموعة ٢٦ رقم ٨٧ ص ١٤٠ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المجموعة ٢٦ رقم ١٥٤ ص ٤٧٢ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المجموعة ٣٠ رقم ١٢٣ ص ٩٧٠ - استئناف المخطط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ١٤ ص ١٣٩) . وقد صدرت الإشارة إليه - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٢٤ ص ١٠١ - الأستاذ عبد المنعم الجبرانى سنة ٢٠١ ص ٣٠٤ - ص ٢٠٥) .

نظام القيد الحقوق العينية العقارية التبعية وكذلك تغيير الدائن الأصلي في الدبون المضمونة بتأمين عيني عقارى .

أوجبت المادة ١٢ شهر التصرفات المتعلقة بحق عيني عقارى تبعي ، أى لتأمين عيني عقارى ، وذلك عن طريق القيد . فنصت على أن جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق القيد ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . فوجب إذن قيد حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة العقارى (٢) . وحق الاختصاص وحقوق الامتياز (٢) . ويدخل في حقوق الامتياز حق امتياز بائع العقار ، فهذا الحق لا يكون شهره إلا عن طريق القيد ، وكان قبلاً يكتفى في شهره بتسجيل عقد البيع الذى يذكر فيه بقاء الثمن أو جزء منه في ذمة المشتري . وقد احتاط المشرع ، فيما ينص بحق رهن حيازة العقارى وبحق امتياز بائع العقار السابق تسجيلهما طبقاً للأحكام التى كان لها فى الماضى على ما قدمنا ، فأوجب على أصحاب هذين الحقين أن يقوموا بقيد حقوقهم حتى يمكن العثور عليها ضمن الحقبة المقيدة عند البحث ، وحتى تحديد القيد كل عشر سنوات كما هو الحکم فى القيد . فنصت المادة ١/٥٨ على : « على أصحاب رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتيازات العقارية السابقة أن يقوموا بقيد حقوقهم فى خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقود المرتبة لها أو فى خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون (٢) ، أى المدين أطول . فإذا لم يتم القيد فى خلال المدة المتقدمة ، لا يكون الحق بعد انقضاءها نافذاً بالنسبة إلى الغير . ويترتب على إجراء القيد المذكور حفظ مرتبة الحق من تاريخ تسجيل العقد المرتب له » . وقد بينت المواد ٤١٣٠ إلى ٤٧ إجراءات الواجب اتباعها

(١) وكان هذا الحق قبل ذلك خاصاً دون مبرر لنظام التسجيل ، كما سبق القول .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون نظام الشهر العقارى : « لم تتناول المادة ١٢ غير التصرفات المنشئة أو المقررة الحقوق العينية العقارية التبعية ، أما التصرفات التى تتناول هذه الحقوق أو تغييرها أو زوالها فطريق شهرها هو النشر فى جازئ قيدا الأصل » .

(٣) صدر بون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ بعد المدة المحددة فى هذا الصلة أخرى تنهى فى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٨ .

لقيد الحقوق العينية العقارية التابعة ، ولتجديد القيد ، ولإلغاء المحر .
أما فيما يتعلق بتغيير الدائن الأصلي بدائن جديد في الديون المضمونة بتأمين
عقارى ، فقد نصت المادة ١٩ على أنه لا يصح التمسك قبل العبر بتحويل
حق مضمون بقيد أو برهنه ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل
الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمجرد القيد
أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي .

ثالثاً - إجراءات الشهر : أما إجراءات الشهر التي رسمها قانون تنظيم
الشهر العقارى فلا تقل في الدقة عن الإجراءات التي رسمها قانون التسجيل ،
بل تزيد . فأوجب القانون في طلب شهر أن يشتمل على بيانات نصت عليها
المادة ٢٢ على الوجه الآتى : (أولاً) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ،
وعلى الأخص اسمه ولقبه ومنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه .
(ثانياً) بيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم . (ثالثاً) بيانات
اللازمة والمنبذة في تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده .
فإن كان من الأراضي الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ،
وإن كان من أراضي البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع
والحارة إن رجد . (رابعاً) موضوع المحرر المراد شهره وبيان المقابل أو مقدار
الدين إن وجد . (خامساً) البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر
يقضى نقيباً في دفاتر التكليف . (سادساً) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية
أو الحق العيني محل التصرف ، وذلك في العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد .
ويجب أن تشتمل هذه البيانات على اسم المالك السابق أو صاحب الحق العيني
وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني منه ورقم وتاريخ شهر عقد التمك إن كان
قد شهر . (سابعاً) بيان الحقوق العينية المقررة على العقار المتصرف فيه
وعلى الأخص اتفاقات الرى والصرف .

وتعبد مأمورية الشهر للطالب نسخة من الطلب مؤشراً عليها برأيها في قبول
إجراء الشهر أو بيان ما يجب أن يستوفى فيه . ويقدم صاحب الشأن بعد التأشير
على الطلب بقبول إجراء الشهر مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة

ومعه الصورة المُوَشر عليها من هذا الطلب . وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد التثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به . وتقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التي تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيتها للشهر ، بعد توقيعها أو رد التصديق على توقعات ذوى الشأن فيها إن كانت عرقية . ويحصل التأشير على المحررات الواجب شهرها بطريق التسجيل ، وعلى قوائم القيد في حالة المحررات الواجب شهرها بطريق القيد ، ويتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الإجراءات طبقاً للأنحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى المنصوص عليها في المادة ٨ من هذا القانون (المواد ٢٢ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى) .

٢٦٤ - ومبره الاصلاح التى مقفها قانونه تنظيم الشهر العقارى:
حقق قانون تنظيم الشهر العقارى وجوه الإصلاح التى هبأتها الظروف فيما قدمناه . ففي مرحلة الانتقال إلى إلغاء الامتيازات الأجنبية تمكن من توحيد جهات الشهر ، ثم أدمج نظام القيد في نظام الشهر ، واستقصى المحررات الواجب اخضاعها للشهر فاستكمل ما نقص منها ولم يكن من قبل خاضعاً لهذا النظام . هذه وجوه إصلاح ثلاثة رئيسية حققها قانون تنظيم الشهر العقارى ، نقول كلمة موجزة عن كل منها .

أولاً - وحد القانون جهات الشهر ، فبعد أن كانت جهات ثلاثاً في عهد التقنين المدينى السابق وفى عهد قانون التسجيل ، إذ كان يجوز الشهر فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، ألغى القانون هذه الجهات الثلاث وأنشأ مكاتب موحدة للشهر تحت إشراف مكتب رئيسى عام . وفى مكاتب الشهر هذه ومأمورياتها المنتشرة فى المدن والأقاليم ، تتركز الإجراءات اللازمة لشهر المحررات الواجبة الشهر . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه . ولا شك فى أن توحيد جهات الشهر خطوة كبرى فى طريق إدخال نظام السجل العقارى فى مصر .

وبلاحظ فى هذه المناسبة أن التقنين المدينى الجديد لم ينسق مع قانون تنظيم الشهر العقارى ، من ناحية توحيد جهات الشهر ، فى مسائلتين : إجراءات

الإعسار وإجراءات تصفية الذرعة . وكان ينبغي أن يكون شهر صحيفة دعوى الإعسار والأمر بتعيين المصنفى التركة فى مكتب الشهر لافى قلم كتاب المحكمة ، كما هى الحال فى التأشير بالديون العادية على التركات وكما هى الحال فى شهر حق الإرث ، فان كل هذا يتم شهره فى مكاتب الشهر لافى أقلام كتاب المحاكم .

ثانياً - ضم القانون الجديد نظام التسجيل ونظام القيد فى صعيد واحد ، فأصلح عيباً وقع فيه قانون التسجيل إذا فصل هذا القانون كما رأينا نظام التسجيل عن نظام القيد الذى بقى خاضعاً لنظام التقنين المدنى السابق .

وقد كان لهذا الإدماج أثر مباشر فى إصلاح عيب آخر وقع فيه كل من التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل ، فى شأن إخضاع الحقوق العينية العقارية التبعية لنظام واحد فى الشهر . فقد كان بعض هذه الحقوق ، فى التقنين المدنى السابق وفى قانون التسجيل ، يخضع لنظام القيد كما ينبغى ، وبعضها - رهن الحيازة العقارى وحق امتياز بائع العقار - يخضع دون مبرر لنظام التسجيل . فلما عالج القانون الجديد الموضوع علاجاً شاملاً ، فعرض للتأمينات العينية العقارية فى نصوص خاصة بها ولم يكتف بالإحالة فيها إلى نصوص التقنين المدنى ، كان من الطبيعى أن يتوجه لإصلاح هذا العيب . فنص على إخضاع جميع الحقوق العينية التبعية لنظام القيد ، ولم يكن معقولاً أن يستثنى منها أى حق . بل إنزاد على ذلك ، فأوجب قيد التأمينات السابقة على العمل به والتى كانت تخضع لنظام التسجيل ، فأصبحت هذه التأمينات خاضعة للقيد شأنها فى ذلك شأن سائر التأمينات . وأصبح من الواجب تجديد قيدها كل عشر سنوات ، وبذلك يسر لأصحاب الشأن البحث عما يثقل العنق من تأمينات فلا يذهبون فى ذلك إلى أبعد من عشر سنوات .

ثالثاً - استقصى القانون الجديد المحررات راجب إخضاعها للشهر ، فلم يترك ثغرات كتلك التى تركها قانون التسجيل .

فالتصرف الصادر من جانب واحد كالأوقف والتصرف الناقل للملك بسبب

وأضاف إليهما الإرث ، وهو وإن كان واقعة مادية من أوسع الأسباب انتشاراً في نقل الملك وعدم شهره بحدث ثغرة كبيرة في نظام الشهر .

هذا إلى أن القرارات الإدارية الناقلة للملك أصبحت هي أيضاً خاضعة للشهر لدخولها في عموم نص المادة التاسعة ، فهي تصرفات من شأنها نقل حق الملكية العقارية ، فوجب أن تكون خاضعة لنظام التسجيل . فراسم تزع للملكية للمنفعة العامة ، ومراسم تقسيم الأراضي الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وقرارات توزيع طرح البحر ، وقرارات ردم البرك والمستنقعات ، والإذن بإحياء الأرض الموات ، كل هذه تصرفات إدارية يجب تسجيلها (١).

وإلى جانب ذلك صد القانون الجديد نقصاً ملحوظاً في استقصاء المحررات الواجبة الشهر في محررات ثلاثة : دعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية والحوالة بأكثر من أجرة ثلاثة سنوات مقدماً (٢) وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك (٣) .

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر بند ١٨ - وانظر الدكتور محمود شوقي الشهر العقاري علماً وعملًا ص ٣٩٨ ص ٣٩٩ - ولم تكن هذه التصرفات الإدارية واجبة التسجيل قبل قانون سنة ١٩٤٦ م فن ملك يتصرف إداري صدر قبل العمل بقانون الشهر يستطيع درء أن يسجل هذا التصرف ، أن يشفع بما ملك (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) .

(٢) وكان إجماع الفقه والقضاء في عهد قانون التسجيل وجوب تسجيل الحوالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وإن لم يرد بها النص كما ورد في قانون الشهر العقاري ، وذلك قياساً على المخالصة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً .

(٣) أما في دعوى الشفعة ، فليس واجباً شهر الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع . ولكن يجب تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ١/٩٤٢ مدني) ، فلا يسرى من حق الشفيع أي دهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ، ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية ضد آل للمشتري من ضمن المقار (م ٩٤٧ مدني) . ولا تخضع عريضة دعوى الشفعة للشهر ، والحكم بالشفعة يجب تسجيله (م ٩٤١ مدني) ويؤثر به على هامش تسجيل إعلان الرغبة وعلى هامش تسجيل البيع الأصل إذا كان هذا البيع قد سجل .

وغنى عن البيان أن القانون الجديد ، مع تحفته لوجوه الإصلاح المتقدمة الذكر ، احتفظ في الوقت ذاته بالمزايا التي حققها قانون التسجيل . فقرر إجراءات دقيقة للتحرى عن صحة المحررات ، بل هو قد سار في هذا الطريق شوطاً أبعد من قانون التسجيل وحسم الخلاف في أن العنود الكاشفة ، وحمل التسجيل في التصرفات المنشئة ضرورياً لنقل الحق المبنى لافي حق الغير فحسب بل أيضاً فيما بين المتعاقدين ، وغير ذلك من المزايا التي سبق بيانها .

٢٦٥ - ما بقى رده علاج من العيوب : على أن هناك عيبين

جوهرين باقين في نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقاري معالجتهما . فلا يزال النظام نظاماً شخضياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته

وما كان قانون تنظيم الشهر العقاري يستطیع معالجة هذين العيبين ، فإن العلاج الوحيد لما هو إدخال نظام السجل العقاري في مصر ، وإدخال هذا النظام لن يكون إلا على سبيل التدرج لتفتت الأراضي وانتشار الملكيات الصغيرة في أرجاء مصر منذ أمد بعيد (١) .

٢٦٥ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة

٢٦٦ - عمره : ونقصر الآن بحثنا في تطبيق نظام التسجيل على عقد

البيع خاصة ، وهو الموضوع الذي نعالجه في هذا الجزء من الوسيط . ونسبر

(١) ونقول المذكورة الإيضاحية لمشروع قانون تنظيم الشهر العقاري : « غير مستطاع إدخال نظام السجلات المبنية وتطبيقه إلا على سبيل التدرج ، إذ من جانب لم تتم إعادة مساحة البلاد جميعها . وحتى في المناطق التي تمت فيها المساحة الحديثة وهي تبلغ نصف مساحة البلاد تقريباً ، لن يستطاع إدخال هذا النظام عليها دفعة واحدة بسبب حداثة البيانات الخاصة بالملكية والموقوف المبنية . ولذلك فالمفروض البدء بتطبيق هذا النظام في مناطق سورة الواحدة تلو الأخرى ، ومزدى هذا أن بقية المناطق يظل يعمل فيها بنظام التسجيل الشخصي . ولذلك وجبت المدة إلى معالجة العيوب التي أسفر عنها العمل واستكمال وجوه النقص ، ليتيسر تطبيق النظام الجديد عليها » (المذكورة الإيضاحية بند ٩) .

التسجيل على عقد البيع من الناحية الموضوعية دون ناحية الاجراءات ،
فقد ثبت أن تناولنا ناحية الاجراءات بوجه عام ودخل فيها عقد البيع
كسائر التصرفات .

ويجب أن يميز بين عهدتين : (أولاً) عهد التقنين المدنى السابق (ثانياً) عهد
قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى . فان أحكام التسجيل بالنسبة إلى
عقد البيع واحدة في هذين القانونين .

أولاً - عهد التقنين المدنى السابق

٢٦٧ - التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها

بالنسبة إلى الغير : التمييز الجوهرى الذى يبرز فى عهد التقنين المدنى السابق ،
من حيث أثر أحكام التسجيل فى عقد البيع ، هو التمييز بين انتقال الملكية فيما
بين المتعاقدين حيث يتم ذلك دون حاجة إلى تسجيل عقد البيع ، وانتقالها
بالنسبة إلى الغير حيث لا يتم ذلك إلا بالتسجيل .

٢٦٨ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين مع حاجة فيه إلى

التسجيل :- الفئات من المشترى من المورث والمشتري من التوارث :
تنتقل الملكية فيما بين البائع والمشتري بعقد البيع ولو لم يسجل (١) وكذلك تنتقل
الملكية بالبيع غير المسجل فى حق الدائنين العاديين لكل من البائع والمشتري ،
فلا يستطع دائنو البائع التفتيش على العقار المبيع وهذا مع الاحتفاظ بحق التظعن

(١) استثنائات مخطوط ٢٦ ذى حوزة سنة ١٨٩٥ م ٨ من ٢١٠ - ٢١١ ذى حوزة سنة ١٩١٥ م ٢٨ من ٦٨ - رأى من البيان أنه يشترط لانتقال الملكية إلى المشتري أن يكون البائع مالكاً
لعقار ، فإذا لم يكن مالكاً له وكان المشتري حسن النية ، فإن هذا الأخير يملك العقار بالتقادم
المستحق ولو كان عقد البيع غير مسجل فى أصله الذى نحن بصدد . وإذا اشترى مضمونان من بائعين
مختلفين ، فلهذا المشتري من المالك هو الذى يملك ولو لم يسجل عقده (استثنائات مخطوط
٢٣ ذى حوزة سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٢٤٢) .

في البيع بالدعوى البولصبة ، وعلى العكس من ذلك يستطيع دائر المشتري التنفيذ على العقار الذي أصبح ملكاً لمدينهم . وتنقل الملكية كذلك بالبيع غير المسجل في حق ورثة كل من البائع والمشتري ، فإذا مات البائع قبل تسجيل العقد لم تنتقل ملكية العقار إلى ورثته بالميراث لأنه خرج عن ملكه ، وعلى العكس من ذلك تنتقل ملكية العقار إلى ورثة المشتري إذا مات ولو قبل تسجيل العقد لأن ملكية العقار قد انتقلت إليه بالبيع .

ويترتب على أن البائع إذا مات قبل تسجيل البيع لم تنتقل ملكية العقار إلى وارثه ، أن المشتري هو الذي يكون الكأ بالنسبة إلى هذا الوارث . فإذا باع الوارث العقار فإنه يكون قد باع مالا يملك ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري منه ولو سجل هذا عقد شرائه (١) . ونرى من ذلك أن المشتري من الوارث إذا نازع المشتري من المورث ، فإن المشتري من المورث هو الذي يفضل ولو سجل المشتري من الوارث عقده قبل أن يسجل المشتري من المورث (٢) . وكان هناك ، في عهد التقنين المدني السابق ، رأى آخر يذهب إلى أن المشتري من الوارث إذا سجل قبل المشتري من المورث يفضل عليه ، قياساً على ما جاء في المادة ٦١٨/٧٤٥ من أن المشتري من الموصي له إذا سجل قبل المشتري من الموصي يفضل عليه وحق الوارث أقوى من حق الموصي له . وهذا الرأي قد أخذ به بعض المحاكم وكثير من الفقهاء (٣) .

(١) وقد رأينا - أنظر الحاشية سابقة - أنه إذا اشترى شخص عقاراً من المالك الحقيقي ، فضل على المشتري من غير المالك ، ولو لم يسجل الأول عقده وسجل الثاني .
(٢) وهذا الحكم يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن الوارث لا يستتر شخصية مورثه (الأستاذ محمد حلي عيسى فترة ١١٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى في شهر التصرفات مبنية ص ٢٠٥ والأحكام التي أشار إليها في هامش رقم ٥ - وانظر استئناف مصر ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٤٢ / ٢ ص ٣٦٤ - محكمة الإسكندرية الوطنية ٢٧ يوليو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩٢) .

(٣) استئناف وطني ١٠ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٣٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٧ - الأستاذ لاميير في ٤ مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢٠٨ - ص ٢١٢ - الأستاذ شلدون إيموس في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٢ - ص ٢١٨ - الأستاذ مونييه في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٩ - ص ٢٣٤ - الأستاذ =

٢٠٩ - انتقال الملكية بالنسبة الى الغير لا يكونه الا بالتسجيل .

ونبدأ أولاً بتحديد من هو الغير . بخلص من النصوص التي وردت في التقنين .
السابق أنه يشترط في الغير شروط ثلاثة

(١) أن ثبت له على العقار المبيع حق عيني بعوض . فالمشتري الثاني لعقار سبق أن بيع لمشتري أول ثبت له حق عيني - وهو حق الملكية - على هذا العقار بعوض ، فيعتبر من الغير . وكذلك يعتبر من الغير الدائن المرتهن ، إذ ثبت له حق رهن على العقار المبيع في مقابل دينه (١) . ومثله من يثبت له حق انتفاع أو حق ارتفاق بعوض على العقار المبيع . أما من ثبت له حق عيني بغير عوض ، كالموهب له والموصى له ، فلا يعتبر من الغير ، ويسرى في حقه البيع ولو لم يسجل . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري العقد ،

= عل زكي العراق في مركز الوارث في الشريعة الإسلامية ونتاجه في القانون ص ٣٧ - ص ٤٤
الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد ركي مدبره ٢٠ - وأصحاب هذا الرأي لا يفتخرون إلى أن
ث يستمر شخصية المورث فإن هذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، ولكم يستندون إلى
أحكام التسجيل كما هي مفردة في التقنين المدون السابق ، فالوارث انتقلت إليه الملكية بالوارث
والملكية الآبله بالإرث - ثبت في حوكل إنسان بشيوت الوراثة ، فيحصل المشتري من الوارث
إذا كان أسبق تسجيلاً من المشتري من المورث .

وهناك رأي ثالث يفضل كذلك المشتري من الوارث الأسبق في التسجيل ، ولكن هذا الرأي
يستند في ذلك إلى أن الوارث يستمر شخصية المورث ، وإلى أن القاعدة التي تنص بالآلية
إلا بعد سداد الديون في الشريعة الإسلامية لا يقصد بها أن تظل للتركة معنف حتى الوفاء بديون
- ث ، بل المقصود هو جعل كل وارث مسئولاً عن ديون التركة نسبة - إليه سها
(الأستاذ أحمد عبد القطيف والأستاذ عزيز كحيل المحاماة ٢ عدد ٢ - استئناف محتلط ٢ مارس
سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٦) .

أظهر في عرض هذه الآراء الثلاثة الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ من ٢٢١ - ص ٢٢٢
- الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٥٩ - الأستاذ عبد المنعم الدراوي فقرة ٢٢٠ .

(١) ومثل ادائن المرتهن الدائن الذي له حق اختصاص ، فإذا قيد الاختصاص تقدم
صاحب على مشر من المدين لم يسجل مفد شرائه . حتى لو كان عهد المدين نفسه غير مسجل
(استئناف محتلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٣٧ ص ٢٣٤) . وبفقد دائن البائع الذي قيد دينه قبل
تسجيل البيع وقبل قيد حق اختصاص لدائن المشتري (استئناف محتلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٩ م
٢٢ ص ٢٠ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ١١٨)

وهب البائع العقار لشخص آخر وسجل الموهوب له الهبة ، فان المشتري هو الذى يقدم ولو لم يسجل . ذلك أن البيع غير المسجل نقل ملكية العقار إلى المشتري فى حق الموهوب له ولو سجل عقد الهبة ، إذ الموهوب له ليس من اعتبر فيسرى العقد غير المسجل فى حقه . لكن إذا بادر الموهوب له وباع العقار إلى مشتر سجل البيع قبل أن يسجل المشتري الأول عقده ، فان المشتري من الموهوب له يعتبر من الغير ويقدم على المشتري الذى سجل بعده . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا وصى بائع العقار بالعقار ومات قبل أن يسجل المشتري عقده ، فان المشتري يفضل على الموصى له ، ولكن إذا بادر الموصى له إلى بيع العقار وسجل المشتري من الموصى له عقده قبل أن يسجل المشتري الأول ، اعتبر المشتري من الموصى له غيراً وفضل على المشتري من الموصى .

(٢) أن يكون هذا الحق العيني الثابت على العقار مبنياً على سبب صحيح محفوظ قانوناً . ويتوافر هذا الشرط بأن يكون لهذا الحق العيني مصدر هو تصرف قانونى ناقل للملكية ، ويكون لهذا التصرف إجراءات مقررلة لحفظه قانوناً فيقوم صاحب الحق بهذه الإجراءات . فلا يكفي لاعتبار المشتري الثانى للعقار أو الدائن المرتهن غيراً أن يتم بيع أو الرهن . بل يجب أيضاً على المشتري الثانى أن يسجل عقد البيع الصادر له وعلى الدائن المرتهن أن يقيد عقد الرهن حتى يمكن اعتبارهما من الغير . فإذا حفظ كل منهما حقه على هذا الوجه المطلوب قانوناً ، لم يجوز للمشتري الأول أن يحتج عليهم بعقده إذا كان هذا العقد لم يسجل أو سجل بعد ذلك .

(٣) أن يكون صاحب الحق العيني المحفوظ قانوناً حسن النية (١) . ومعنى أنه حسن النية هو أن يكون ، على رأى الراجع ، غير عالم بالتصرف السابق صدوره من مالك العقار . فبجرد العلم بسبب هذا التصرف يجعل صاحب الحق العيني سىء النية ، فيفضل عليه من تصرف له المالك أولاً ولو لم يكن قد سجل عقده ، بشرط أن يكون لهذا العقد الأول تاريخ ثابت سابق على تاريخ العقد

(١) اشتراط بمطابقه تاريخ سنة ١٩٤٢ م ١٤ من ١٩٩٠ .

الثاني (١). وهناك رأى آخر يذهب إلى أنه حتى يكون المشتري سيء النية لا يكفي علمه بسبق التصرف ، بل يجب أيضاً أن يكون هناك تواطؤ بينه وبين البائع (٢).

(١) ويستند هذا الرأي إلى صريح نص المادة ٣٤١/٢٧٠ من ، وإلى أن المشتري الثاني لم يعلم بالتصرف السابق يكون قد علم أن البائع يتصرف في عذر غفوك لمعرف فيكون علم البيع الصادر إليه سبباً مبيهاً والمادة ٣٤١/٢٧٠ تشترط في الغبر أن يكون حثه سبباً على سبب صحيح ، وإلى أن هذا هو الرأي السائد في بلجيكا مع أن القانون البلجيكي اختصر على اشتراط عدم الفسح ولم يذهب إلى حثه اشتراط حسن النية ، ولأنه لا يمكن الاحتجاج بالرأي السائد في فرنسا الذي يشترط للتواطؤ لأن نص القانون الفرنسي لا يشترط حسن النية في المشتري الثاني من بلجيكا في تفسيره ، وإلى أن القومسيون الدول الذي عقد في سنة ١٩٠٤ لا زال نظام السجل العقاري في مصر اقترح أن ينص على أن مجرد علم المشتري الثاني بالتصرف الأول لا يكفي لاعتباره سيء النية ولكن هذا الاقتراح قد رفض (انظر الأستاذ أنور سلطان فترة ١٨١ ص ٢٩ - ص ٢١٠ - والتون ، ص ٤٢ - تقرير لجنة القومسيون الدول من ١٧ وتقرير اللجنة الفرعية ص ١٤) .

وانظر من هذا الرأي : دو هلنس : بيع فترة ١٢٩ - والتون ٢ ص ٤٣ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحيد زكي فترة ٢٥٦ - استئناف وصى ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستئناف ٤ ص ٥٢٦ - ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٦ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ ١٠ ص ١٠٣ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٠٤ ١٧ ص ٢٥ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٩ ص ٢٥ - ١٣ يناير سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ١٢١ .

(٢) انظر إلى أساسه هذا الرأي منقولة من كتاب البيع للأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ٢٤٩ هامش ١ - ويستند هذا الرأي إلى الرأي السائد في فرنسا وقد سبق الإشارة إليه ، وإلى أن مسألة العلم بالبيع الأول مسألة نسبية يصعب التأكد منها فالأخذ بها يزع الثقة في المعاملات المقاربة ، وإلى أن التسجيل حتى يكون نظاماً مفيداً يجب أن يكون له دالة تربط على العلم وأن يكون انتفاؤه قرينة على عدم العلم فلا يجوز إثبات علم المشتري الذي يتصرف سابق لم يسجل إلا إذا أريد إثبات تواطئه مع البائع .

وانظر من هذا الرأي كادامينوس في مجلة مصر المعاصرة ١٩١٩ ص ٤٠٣ - تنو ٦٣ - جبرائيلان في التأمينات فترة ٨٨٦ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فترة ١١٧٣ - محكمة مصر الوطنية ٢١ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٤ - استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٩ - ٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٤ - ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٦٥ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٤٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - ٤ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٥٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧٤ ص ٢١ - ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ .

ولكن هذا الرأي لا يتفق مع النصوص ، ففي النص العربي للمادة ٢٧٠/٣٤١ يعتبر من الغير من كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها ، وترجمة هذه العبارة الأخيرة في النص الفرنسي للمادة هي « qui sont de bonne foi » . وكلتا العبارتين العربية والفرنسية لا تستلزم إلا حسن النية ، وحسن النية ينشأ قطعاً بعلم المشتري الثاني بسبق صدور التصرف دون حاجة إلى التواطؤ .

فاذا فرضنا أن شخصاً باع عقاراً لمشتري أول ، ثم باعه مرة أخرى لمشتري ثان ، وتوافرت الشروط الثلاثة المتقدمة الذكر في المشتري الثاني ، لم يسر في حقه البيع الأول إلا إذا كان مسجلاً قبل أن يسجل عقده . ولكن يجب أن يكون كل من المشتريين قد اشترى من المالك الحقيقي ، فاذا اشترى أحدهما من غير المالك الحقيقي وسجل فضل عليه المشتري من المالك الحقيقي ولو لم يسجل . وقس على ذلك سائر أصحاب الحقوق العينية (١) . وإذا صدر عقدان متواليان من

« وهناك رأى ثالث لا يمكن بالعلم بالتصرف الساس ، بل ولا بالتواطؤ ، فيصح تسجيل المشتري الثاني إذا تم أولاً مهما كان هذا المشتري اشترى سبباً ائبياً ومهما كان متواتراً ، ما لم يكن عقد البيع الصادر إليه عنقداً صورياً ، فمعدته لا يكون للعقد وجود ولو سجل (استئناف مخطوط ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ - ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥) . ولكن هذا الرأي ما لبث أن هجر ، إذ أن المشرع لم يكن في حاجة إلى النص على عدم الاعتداد بالعقد الصوري (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٣٤ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ الجماعة ٣٠ رقم ٤٣٣ ص ٩٧٠ - استئناف مخطوط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٤٩ هامش ١ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٥٧ ص ٢٢٦ - ص ٢٣٧) .

(١) استئناف مخطوط ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٢٦ - ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٢٢ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٩ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ - ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١١٣ - ويلاحظ أن المشتري من غير مالك قد يكسب الملكية بالتقادم الخمسي إذا كان حسن النية ولو لم يسجل عقده ، وبذلك يفضل على المشتري من المالك الحقيقي ولو سجل هذا عقده . أما إذا اشترى كل منهما من المالك الحقيقي ، فالعبرة بالتسجيل في تفضيل أحدهما على الآخر . من سجل أولاً فضله ولو كان الآخر حسن النية وحاز العقار خمس سنوات ، إذ أن مثل تطبيق التقادم الخمسي أن يكون الحائز قد اشترى من غير مالك .

مات واحد ولم يسجل أيهما . فالعقد الأسبق هو الذي يفضل (١) .

ويتفق في بعض الأحيان أن المشتري العقاري لا يسجل البيع ، ويبيع العقار لمشتري ثان ويسجل المشتري الثاني . فإذا باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري سجل عقده ، فهل يفضل في هذه الحالة المشتري الأسبق تسجيلاً ؟ لو أن المشتري من المشتري الأول سجل البيع الصادر للمشتري الأول من مالك العقار قبل أن يسجل المشتري الآخر من المالك عقده ، فلا شك أن المشتري من المشتري الأول يفضل . ولكن المفروض أن المشتري من المشتري الأول لم يسجل إلا البيع الصادر له من المشتري الأول دور البيع الصادر من المالك إلى المشتري الأول . فلو صفتنا القواعد العامة في التسجيل ، لوجب القول بأن المشتري الآخر وقد سجل عقده يفضل على المشتري الأول من المالك الذي لم يسجل ، فيفضل من باب أولى على المشتري من المشتري الأول ولو سجل عقده . ولكن المادة ٧٤٦/٦١٩ من التقنين المدني السابق تنص على أنه وفي حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكفي بتسجيل العقد الأخير منها (٢) . ويؤخذ من هذا النص أنه في الفرض المتقدم يفضل المشتري من المشتري الأول إذا سجل عقده أولاً (٣) .

== ويرباع شخص عقاراً ، وفي أن يسجل المشتري باع النافع العقار مرة أخرى لمشتري ثان : كانت المفاضلة بين المشتريين بالتسجيل . أم إذا صدر البيع الثاني بعد تسجيل البيع الأول ، كان البيع الثاني صادراً من غير مالك ولو بالنسبة إلى الغير ، فلو صار المشتري الثاني العقار وهو حالي النية ليس سراً . يمكنه بالتقدم الخسري ولو لم يسجل عقده ، ويفضل على المشتري الأول الذي سجل عقده .

(١) استئناف مختلط ١٢ مايو ١٩٩٢ م ٢٩ ص ٣٥٤ .

(٢) على أن المادة ٧٦٥/٦٣٥ - ٧٦٦ من التقنين المدني السابق توجب على كاتب المحكمة أن يؤثر من تلقاء نفسه بأسماء المتعاقدين السابقين الذين لم تسجل عقودهم ، وذلك حتى يمكن للغير أن يعلم بتصرفهم في العقار .

(٣) هانتون ص ٣٤١ - جرامولان في التأمينات مقرة ٨٨١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي مقرة ٢٦٢ (وانظر بوجه خاص ص ٢٦٠ هامش ١ حيث يبينان وجوه انتقاد الحل الذي أخذ به النص) .

ثانياً - عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري

٣٧٠ - التمييز بين حكم البيع قبل أنه يسجل وحكمه بعد التسجيل :

أما في عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، فليس التمييز الجوهرى هو التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر في عهد التقنين المدنى السابق ، ففى كلتا الحالتين لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل . ولكن التمييز الذى يبرز فى العهد الذى نحن فيه هو التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل .

١ - حكم البيع قبل أن يسجل

٢٧١ - البيع غير المسجل لا ينتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما

بين المتعاقدين - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث : لا ينتقل البيع غير المسجل الملكية بالنسبة إلى الغير ، وليس فى هذا جديد فقد كان البيع غير المسجل فى عهد التقنين المدنى السابق لا ينتقل هو أيضاً الملكية بالنسبة إلى الغير . ولا ينتقل البيع غير المسجل الملكية فيما بين المتعاقدين أيضاً ، وهذا هو الجديد ، فقد كان البيع غير المسجل فى عهد التقنين المدنى السابق ينتقل الملكية فيما بين المتعاقدين كما سبق القول (١) . فتجريد البيع غير المسجل من أثر نقل الملكية فيما بين المتعاقدين كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم .

ويترتب على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للعين المبيعة مادام البيع لم يسجل ، ومن ثم لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكيته

(١) ومن ثم إذا كان عقد البيع له تاريخ ثابت سابق على تاريخ العمل بقانون التسجيل ، فإنه يمتنع من غير تسجيل الملكية فيما بين المتعاقدين (نقض مدنى ١١ مايو سنة ١٩٥٠ بحسبته أحكام النقض ١ رقم ١٢٢ ص ١٨٤) .

على العين المبيعة، وإن كان يستطيع كما سنرى أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع . وقد قضت محكمة النقض في عهد قانون التسجيل بأن هذا القانون قد عدل حكم المادة ٢٦٦ من التقنين المدني السابق فيما يتعلق بنقل الملكية ، فبعد أن كان نقلها بمقتضى هذه المادة نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراهياً إلى ما بعد حصول التسجيل . وهذا فلا يصح للمشتري - مادام لم يسجل عقده - أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته لما اشتراه ، وإنما له أن يطلب البائع أو ورثته من بعده بالالتزامات الشخصية التي يرتبها تسليم المبيع وربيعه وغير ذلك . فإذا هو طالب قبل التسجيل بتثبيت الملكية وتسليم المبيع وربيعه وقضى له بذلك ، تعين نقض الحكم فيما يتعلق بتثبيت الملك لرفع الدعوى قبل استيفاء شروطها (١). ويبقى البائع مالكا للمبيع (٢)، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، وإذا سلمه لا يستطيع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له ، لأنه ضامن لاستحقاقه ومن يضمن نقل ملك لغيره لا يجوز أن يدعيه نفسه . وكما يجرى هذا الحكم على البائع يجرى على وارثه ، فلا يجوز للبائع أن يمنع عن تسليم المبيع إلى المشتري أو أن يسترده منه بعد أن سلمه إليه (٣).

(١) نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥١ - وانظر تعليقه على الحكم للأستاذ حلمي هجيت بدوي في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٧٢٧ وما بعدها .

(٢) فإذا زعمت ملكية المبيع لمنفعة العامة قبل تسجيل عقد البيع ، زعمت على البائع غير المشتري ، وانفسخ عقد البيع ، ولا يكون للمشتري حق في التعويض المعطى للبائع من روح الملكية (استئناف مخطوط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل عقد البيع وتواضع انتقال الملكية بسببه ، أن يطلب الحكم على المشتري بتثبيت ملكيته هو البيع . وكما يجرى هذا الحكم على البائع فهو يجرى على من يخلفه في تركته ، فإن على الوارث أن يقوم للمشتري كورثته بالإجراءات اللازمة للالتزام بالتسجيل من الاعتراف بصور العقد بالأوضاع المتأداة أو بإنشاء العقد من يد بطل الأوضاع . ومتى وجب هذا على الوارث فمن يقبل منه أن يدعي لنفسه ملك المبيع غير المشتري ، لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ . وانظر أيضاً المنصورة الكلية ١١ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢) . ويسري التزام ورثة البائع في حق دائنهم (استئناف مخطوط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠) .

ويترتب على ذلك أيضاً أن دائن المشتري لا يستطيع أن ينفذ على العقار ابيع قبل تسجيل عقد البيع ، ولا يستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (١) ، لأن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري . أما دائن البائع فيستطيع التنفيذ على العقار ، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (٢) ، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ في حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري البيع (أنظر م ٦١٦ مرافعات) . وكذلك تنتقل ملكية العقار ، إذا مات البائع قبل تسجيل البيع ، إلى وارث البائع . أما إذا مات المشتري قبل التسجيل ، فإن الملكية لا تنتقل إلى وارثه ، ولكن يستطيع وارث المشتري أن يطالب البائع أو وارثه بنقل ملكية المبيع وأن يرفع على أى منهما دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع .

وإذا مات البائع فانتقلت ملكية العقار إلى وارثه ، وباع الوارث العقار إلى مشتر آخر ، فإن النزاع يقع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث . وقد رأينا أن المشتري من المورث ، في عهد التفتين الملغى السابق ، سألني بفضل ، لأن الملكية انتقلت إليه من المورث ولو لم يسجل العقد ولم تنتقل الملكية إلى الوارث ، فيكون المشتري من الوارث قد اشترى من غير مالك فلا تنتقل إليه الملكية ولو سجل عقده . أما في عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقلي ، فالأمر يختلف . ذلك أن المشتري من المورث لم يسجل عقده فلم تنتقل إليه الملكية ، وانتقلت إلى وارث البائع . ثم انتقلت من الوارث إلى المشتري منه إذا سجل الوارث شهادة الإرث وسجل المشتري من الوارث عند شرائه . ومن ثم بفضل المشتري من الوارث على المشتري من المورث إذا سبق الأول الثاني في التسجيل (٣) . غير أنه إذا أشر المشتري من المورث ، باعتباره

(١) ويبقى حق الاختصاص غير صحيح حتى بعد تسجيل البيع ، لأنه أخذ على عقار كان غير مملوك للمدين وقت أخذه ، وقد قضت محكمة النقض بذلك ورفضت الأخذ بالأثر الرجعي لتسجيل فيما بين المتعاقدين ودانتهنهم (نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة جمر ٢ رقم ١٥٣ من ١٩٧) .
(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ م ٤٣ من ١٤٣ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٧ ص ٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البيع الصادر من المورث لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري منه إلا بالتسجيل . فإذا لم يسجل عند شرائه ، بقي كعقار على المورث . فلو سأل المشتري من المورث عن

دائماً للتركة ، بدينه صبيلاً لأحكام المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري قبل
١ المشتري من الوارث عقده ، أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال
سنة من تاريخ شهادة الإرث . كان له أن يفتح بحقه كسراً على المشتري من
الوارث . ولما كان حقه هو أن تنتقل إليه ملكة المبيع ، فإن له أن يطالب
المشتري من الوارث بنقل ملكة المبيع ولا يقتصر على المطالبة بالتعويض (١) ،
فاذا حصل على حكم بطليه سجله فانتقلت إليه الملكية

وزي من ذلك أن المشتري من الوارث بفضل على المشتري من الوارث
في حالتين : (١) إذا سبق إلى تسجيل عقده (٢) وإذا أشر بحقه قبل تسجيل

= من بعده بالإرث . وإذا لم يعبه وسجل المشتري منهم عقد شرائه ، انتقلت إليه ملكيته .
أما الاحتجاج بقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون وأن شخص وارث يفاير شخص مورثه
و محل لإجراء حكم التفاضل بين البيمين على اعتبار أنهما صادران من متصرف واحد في حين أنهما
صادران من شخصين مختلفين - هذا الاحتجاج لا تأثير له على حكم انتقال الملكية بالتسجيل ،
وفقاً للمادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ المؤرخة التطبيق على واقعة الدعوى ،
والتي من مقتضاها ألا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل ، وأن ليس للمشتري
بعقد غير مسجل إلا حصة شريكة في البيع له . فكما أن البائع بدينه غير مسجل يستمع أن يبيع
مرة ثانية لمشتري آخر تنتقل إليه الملكية بتسجيل عقده ، فكذلك الوارث الذي حرر محضاً
فيما كان له من حقوق وما عليه من التزامات في حدود التركة يملك أن يتصرف في العين التي
بذلها بالبراث عن مورثه لمشتري آخر . يسجل المشتري من مورثه عقد شرائه ، وتنتقل
الملكية إلى هذا المشتري الآخر بالتسجيل ببقائها حكماً على ملك المورث . أما كون تصرف
الوارث نافذاً أو غير نافذ وحق دائي التركة فهو بحث آخر ، وبظل حق الدائنين قائماً في العن
في هذا التصرف بما يخولهم القانون من حقوق في هذا الخصوص ، كما يبين لهم حق تتبع أعيان
الحركة استيفاء لديونهم وفقاً لأحكام الشريعة الدراء الواجب تطبيقها في هذا الخصوص عملاً
بالمادة ٥٤ من القانون المدني القديم (نقض مدني ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام الناصر)
رقم ٦٧ ص ٤٦٧ - وانظر أيضاً : نقض مدني أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ؛
رقم ١٤١ ص ٥٦٩ - ٤ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٦ ص ١١١٣ -
وقانون : نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٣ ص ٢٤ - ٢٨ يونيه
سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١١ ص ٧٩٤) . وانظر الأستاذ أنور سلطان
فقرة ١٨٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٠ وفقرة ١٧٦ ص ٢٩٠ - الأستاذ عبد الفتاح
عبد الباقي فقرة ١٠٨ - الأستاذ جليل للشرقاوي ص ١٨٢ - ص ١٨٣ - الأستاذ عبد المنعم
البدراوي فقرة ٢٢١ - فقرة ٢٢٢ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٧٣
(١) أنظر أيضاً فقرة ١٩٣ في الهامش .

المشتري من الوارث عقده أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال سنة من تسجيل شهادة الإراث (١) . فإذ لم يفعل هذا ولا ذلك ، فصل عليه المشتري من الوارث إذا سجل عقده . لأن هذا قد شترى من الوارث بعد أن انتقلت إليه الملكية بالميراث . وإذا تسلم المشتري من المورث العقار المبيع بالرغم من ذلك . فإن عقد البيع الذي في يده لا يعتبر سلباً صحيحاً في إقضائه الخمس ، لأنه صدر من المورث وقت أن كان مالكاً للمبيع والسبب الصحيح في التقادم الخمس يجب أن يكون صادراً من غير مالك . لكن إذا استمر المشتري من المورث حائزاً لعقد المبيع مدة التقادم الطويل . انتقلت إليه الملكية بالتقادم لا بعقد البيع (٢) .

٢٧٢ - ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعاً فينبغي آثاره عند

نقل الملكية بالهمل : على أن البيع لم يصبح . بعد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل . فهو لا يزال من عقود التراضي ، والبيع غير المسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة ، وينتج جميع آثار البيع عند نقل الملكية بالفعل . وقد كان هناك رأى يذهب إلى أن البيع غير المسجل لا يكون بيعاً وإنما يكون عقداً غير مسمى وأن البيع لا يتم إلا بالتسجيل . ولكن هذا الرأي بقي رأياً مرجوحاً منذ ظهر ثم اختفى سريعاً ، وأجمع الفقه والقضاء على أن عقد البيع يتم بالتراضي ولو لم يسجل (٣) . فالبيع غير المسجل

(١) المادة ١٨٩ من قانون ١٨٨٤ - ص ٢٢٤ .

(٢) وقد قصت محكمة النقض بأنه إذا عولت محكمة الموضوع على ما ثبت لديها من اشتريين بعقد عريضة ثبتة التاريخ من المورث قد سلكوا ، اشتروه بوضع اليد المكسب لمصلحة دامة الطويلة . فتفتت به عن البحث في أمر تسجيل واختصص من الذي أخذ ضد المورث والمتنازع بينه وبين المورث العريضة وفقاً لمواد التسجيل القديمة ، فلا مخالفة للقانون في ذلك : لأن واضع اليد المدة عريضة مع العقد العريضة ثبت التاريخ يخصص قانوناً على صاحب التسجيل (نقض من ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٣ ص ٢٤) .

(٣) وقد قصت محكمة النقض بأن قانون تسجيل الصادر في ٢٦ يولييه سنة ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين . وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للمدين وغيرهم ، فحصر نقل الملكية غير مترتب =

ينتج جميع آثار البيع ، إذا استثنينا نقل الملكية بالفعل كما قدمنا .

ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع ، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري (١) وبتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشئ البيع غير المسجل كذلك جميع التزامات المشتري ، فيلتزم بموجبه المشتري بأن يدفع الثمن والمصروفات وبأن يتسلم المبيع (٢) . ويترتب على ذلك أيضاً أن البيع غير المسجل يبقى محتفظاً بالوصف

= على مجرد العقد بل أرجأه إلى حين حصول التسجيل ، وترك لعقد البيع معناه وباقي آثاره (نفق مدي ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩ ص ١٦٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ - أول يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٧ ص ٥٦٧ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥ - أنظر أيضاً استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٨٦ - ٩ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٠) .

هذا وقد قدمنا أن بيع العقار في التقنين المدني المراق عقد شكل لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابور ، وأن العقد غير المسجل في دائرة الطابور ليس ببيع بل هو عقد غير مسمى يقتصر على إنشاء التزام بالتعويض دون أن ينشئ انتقالاً بنقل الملكية (أنظر آنفاً فقرة ٢٥٠ في الهامش) .

(١) ويترتب على أن البائع ياتى بنقل ملكية المبيع ما يأتي : (أ) ما قدمناه من أن البائع لا يستطيع أن يطالب المشتري بتثبيت ملكيته على المبيع ولو أنه لا يزال مالكا لأن البيع لم يسجل ، ذلك أنه لا يمكنه بنقل الملكية ومن كان ملزماً بنقل الملكية لا يستطيع أن يطالب به (أنظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش) . (ب) يجوز للمشتري الذي لم يسجل عقد شرائه ، وقد أصبح دائماً للبائع بنقل الملكية ، أن يجهز حقه هذا لعله ، وتكون الحوالة صحيحة ولا يمنع من صحتها عدم تسجيل البيع (نفق مدي ٣ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة أحكام النفق ٦ رقم ٧٦ ص ١٩٤) . (ج) إذا اشترط البائع على المشتري ألا يسجل العقد قبل الوفاء بالثمن ، فإن البيع يتم قبل الوفاء بالثمن وقبل التسجيل ، ويكون التسجيل وحده هو الموقوف على دفع الثمن . (د) لا يمكن للمشتري الثمن ، جاز للبائع إما مطالبة بالثمن وإما نسخ المبيع طبقاً للقواعد العامة . وهذا الحكم صحيح حتى في عهد التقنين المدني السابق قبل قانون التسجيل (استئناف مخطط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النفق بأن عقد البيع هو من عقود التراضي التي تم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين ، وكل ما استحدثه قانون التسجيل من الأثر هو أن نقل الملكية بعد أن كان ، بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ من التقنين المدني السابق ، نتيجة لازمة لبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراعياً إلى بعد حصول التسجيل . أما أحكام البيع الأخرى فلا تزال قائمة لم يفسخها قانون التسجيل ، فالبايع يبقى ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع وبنقل ملكية المشتري ، كما يبقى المشتري ملزماً بأداء الثمن ، إلى غير ذلك من الالتزامات التي تترتب =

القانونى للبيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وبصلح أن يكون سبباً صحيحاً في التقادم الخمس قبل التقنين المدنى الجديد ، ويكون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال ولو لم يسجل .

فنبحث إذن المسائل الثلاث الآتية : (١) البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع ، وما يتعلق بذلك من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع . (٢) وينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب البائع وفي جانب المشتري . (٣) وترتب عليه جميع آثاره بوصفه عقد بيع .

١٥٨ - البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل

الملكية - كلف بنقل هذا الالتزام : قدمنا أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية إلى المشتري ، ولكنه ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لابد فيها من تدخل البائع الشخصي إذ لابد أن يكون مقرأ بصدور البيع منه وإن يكون توقيعه مصدقاً عليه ، من أجل ذلك كان للمشتري

= بينما على التالى مجرد الفاعل البيع (نفس مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة مصر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣) . وقفت أيضاً بأن عقد البيع، سواء كان مسجلاً أو غير مسجل، يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . فإذا لم يتم البائع بتنفيذ هذا التمهيد أو لم يتمكن من القيام به ، واستحققت العين المبيعة أو زعت ملكيتها بسبب ترتب حق عين عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفعل البائع بعد تاريخ العقد ، فإنه يجب عليه رد الثمن مع التضييعات طبقاً لما تقضى به المادتان ٣٠٠ و ٣٠٤ من القانون المدنى (السابق) . ولا يسقط حق الضمان عن البائع ، إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشتري المالك وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى سائط الخيار ، أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فالمحك الذى يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن نزاع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله في تسجيل عقد شرائه ، مما يمكن دائن البائع الشخص من نزاع ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً لقانون متيناً نقضه (نفس مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة مصر ١ رقم ٢٢٦ ص ١٠٤٩ - وانظر أيضاً نفس مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٢ مجموعة مصر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ وسائر الأحكام المشار إليها في هذا المتن في الحاشية قبل السابقة - وكان هذا رأى قد استقر فى القضاء المصرى قبل إنشاء محكمة النقض بحكم من محكمة استئناف مصر فى دوايرها المجتمعة فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ٨ ص ٢٩٩) .

أو يطالب البائع ، تنفيذاً للالتزام الذى فى ذمته ، أن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . فإذا قام البائع بهذه الأعمال وانبنى على ذلك تسجيل العقد ، فقد نفذ التزامه بنقل الملكية . وانتقلت الملكية فعلاً إلى المشتري بالتسجيل .

وإذا أنكر البائع صدور البيع منه ، أو امتنع عن الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على إمضائه ، أو أدخل بأية صورة أخرى بواجبه من القيام بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد (١) ، جاز للمشتري إجباره هو أو ورثته على القيام بذلك . ولا يكتفى المشتري بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عيناً ونقل الملكية بالتسجيل ، وذلك عن طريق دعوى بين ابتكرهما العمل وإقرارها القضاء منذ صدور قانون التسجيل : دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع .

٢٧٤ - دعوى صحة التعاقد هذه الدعوى لم يكن قانون التسجيل يشير إليها ، ولكن العمل ابتدعها (٢) تحت اسم « دعوى صحة ونفاذ العقد »

(١) كأن يكون البيع قد صدر شفويًا وامتنع البائع عن تحرير ورقة به تكون صالحة لتسجيل ، أو يكون البيع قد كتب على ورقة امتنع البائع عن كتابته على النموذج المطبوع المخصص لتسجيل ، أو يكون البائع قد امتنع عن تقديم المستندات والشهادات اللازمة لتسجيل (الأستاذ ابن سلطان فقرة ٢٨ ص ٢٠٣) .

(٢) ولم يتخلف القضاء المختلط عن القضاء الرطبى في إقرار دعوى صحة التعاقد ، فن أحكام محكمة الاستئناف المختلطة في هذا المعنى : استئناف مختلط ه فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٦ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٥ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٣ - ٩ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٩ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٨ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ .

وتقوم دعوى صحة التعاقد على الأساس القانونى الآتى : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاماً يتمكن المشتري من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه عيناً وتسمع طبيعته أن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ العيني ، وقد نصت المادة ٢١٠ مدنى على أنه « فى الالتزام بعمل يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام » . فدعوى صحة التعاقد إذن هى دعوى يطلب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً فى عقد =

هذه صدور هذا القانون ، ليواجه بها امتناع البيع عن التيمم بالأعمال الواجبة للتسجيل على النحو الذي قدمناه ، حتى لو كان معترفاً بصدور البيع منه (١) . فواء كان البائع منكرًا سبيع أو معترفًا به ، فهو مدع منعه عن القيم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد استنطع المشتري إجباره على ذلك . بأن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه ، (action en réalisation , en constatation, de la vente) . فإذا ما صدر هذا الحكم جعل منه المشتري سنداً يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فهو سند رسمي أقوى من السند العرفي المصدق فيه على التوقيع ، وهو في الوقت ذاته يثبت - أكثر مما تثبت الورقة المكتوبة ولو كانت ورقة رسمية - وقوع البيع صحيحاً نافذاً . فيجوز إذن

= بيع صحيح نافذ . ويترتب على ذلك أنه إذا كان الشفيع المبيع غير ممكن ، لم تقبل دعوى صحة التعاقد . فإذا باع البائع العقار مرة ثانية لمشتري ثان وسجل هذا التعاقد قبل أن يتسلم المشتري الأول من التسجيل ، أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري الأول غير ممكن عيناً ، ومن ثم ترفض دعوى المشتري الأول على البائع بصحة التعاقد (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٦٦ ص ٣٦٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٢١ . قارن الأستاذ جميل الشرفاوى ص ١٥٩ هامش رقم ٣) . ويرفض القضاء الحكم بصحة التعاقد إذا تبين من وقائع الدعوى أن تسجيل الحكم لن يجدى المشتري في نقل الملكية ، كما لو كان هناك من كسب هذه الملكية بسند يمنح به في مواجهته رغم صدور الحكم لمصلحته ، كشر ثان سجل عقده قبل تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد ، إذ أن الحكم لمصلحة المشتري الأول وتسجيل هذا الحكم يصبح عديم الفائدة (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) . كذلك يجب رفض دعوى صحة التعاقد إذا اتضح أن التدخل فيها هو المالك الحقيقي للعقار ، لأن المشتري من غير المالك لا يجديه أن يصدر حكم بصحة تعاقد (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) . وقد سبقت الإشارة إليه - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١١٠) . وما يقطع أن دعوى صحة التعاقد ليست في حقيقتها إلا مطالبة لمشتري البائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً أن هذه الدعوى لا يرفعها البائع على المشتري ، وإنما يرفعها المشتري على البائع . أما الدعوى التي يرفعها البائع على المشتري فهي دعوى المطالبة بدفع الثمن ، لا دعوى صحة التعاقد .

(١) والمفروض طبعاً أن البيع غير مكتوب أصلاً أو مكتوب في ورقة عرفية . أما إذا كان مكتوباً في ورقة رسمية ، فلا حاجة للمشتري برفع دعوى صحة التعاقد ، لأن الورقة الرسمية قابلة للتسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع ، وذلك ما لم يمنع البائع عن تقديم المستندات التي تثبت أصل ملكيته .

للمشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سنداً قاطعاً على وقوع البيع ، ولا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع (١) ، ومنى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع (٢) .

وذلك بشرط أن يرفق المشتري بالحكم عند شهره المستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، لأن الحكم الصادر بصحة التعاقد لا يتعرض لأصل هذه الملكية . وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن صدور الحكم بصحة التعاقد لا يفي المشتري من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع (٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤) . ويقول الدكتور محمد شوقي في هذا الصدد : « سبق أن بينا أن كثيراً من المتعاملين كان يلجأ إلى دعوى صحة التعاقد لتهرب من إثبات ملكية المتصرف . فإذا ما طالبت الهيئة التي كانت تشرف على أعمال الشهر بما يفيد ملكية البائع ، رفع المشتري دعوى بصحة التعاقد واستصدر حكماً بذلك يقدم لأفلام الزهون ويسجل آلياً باعتباره حكماً واجب التنفيذ ، فتنتقل بذلك ملكية العقار إليه دون بحث . صحيح أنه كان للمحكمة حق بحث هذه الملكية ، إنما كثيراً ما كان يحدث أن يغيب المدعى عليه وهو البائع أو يحصر ويقر بصور التعاقد منه ، فيصدر الحكم هذا الأساس ، وتنتفي الحكمة من قانون سنة ١٩٢٣ الذي كان يتطلب دقة في البحث قبل تمكين أي شخص من التصرف وقد فطن المشرع (قانون تنظيم الشهر العقاري) عندما قضى بشهر دعوى صحة التعاقد إلى سوء استعمال هذا الحق في الماضي ، فنص على أن صدور حكم بصحة التعاقد لا يعنى التسليم من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع وقد كانت الأسباب التي سردناها داعية إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعاوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعاوى من المهرات الواجب شهرها ، فاستبعد ذلك عدم شهر الأحكام الصادرة فيها . (الشهر العقاري ص ١٩١ - ص ١٩٣) . ويقول الأستاذ محمد أبرشادي : « وإذا تمرد على المحكوم لصالحه في دعوى صحة التعاقد تقديم المستندات المثبتة لأصل الملكية نظراً لكونها في حوزة المدعى عليه ، فيجب التحقق من صحة هذه الملكية بسؤال الملاك السابقين والمجاردين ورجال الحكومة وأصحاب التكليف المدرج به العقار . ثم يميل إقرار نتيجة هذا التحقيق ويحرر على ورق التسجيل المتموغ ويوضح به أصل الملكية ، على أن يوقع على هذا الإقرار من سائر لصالحه الحكم ويصدق على توقيعه ويرفق بالحكم عند تسجيله (شهر الحقوق العقارية ص ١٢٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المشتري أن يطلب تنفيذ ماتممه به البائع من نقل الملكية إليه ، وذلك عن طريق طلب الحكم بصحة عقد البيع توصلًا إلى تسجيل الحكم الذي يصدر له بما طلب ، والذي يحل في هذه الحالة محل العقد في التسجيل . فإذا ماتمت هذه الإجراءات أسجح مالكاً قانوناً فمقبول المبيع ، وصار له حق طلب تثبيت ملكيته إذا وجدت منازعة من البائع أو ورثته (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤) - والذي يسجل هو الحكم وحده ، ولا حاجة إلى تسجيل العقد معه ، إلا إذا كان الحكم قد أحال عليه فيسجل الحكم ومعه العقد باعتباره من ملحقات الحكم (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٥١) ، وهذا بخلاف =

بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، حتى لا يكون المشتري تحت رحمته أثناء المدة الطويلة التي قد يستغرقها نظر الدعوى ، فيبادر البائع إلى التصرف في العقار لشخص آخر ويبادر هذا إلى تسجيل عقده قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد فلا تكون هناك جدوى من هذا الحكم . وذلك بأن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار (١) ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أضر المشتري به عن هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أي تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشتري (٢) . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه ، واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى

= دعوى صحة التوقيع فيها يسجل المدعي وهو الأسر معه الحكم باعتباره من ملحقاته .
ودعوى صحة التعاقد دعوى شسمية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها العقار كالدعوى الشسمية ، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعي عليه كالدعوى الشخصية (م ٢/٥٦ مرافعات - استئناف مخطوط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨) .
(١) ويستطيع المشتري إلى جانب ذلك أن يطلب وضع العقار للبيع تحت الحراسة أثناء النزاع . وقد قضت محكمة النقض بأن من حق المشتري أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصي وأثر من آثار البيع الذي لا يحول دونه عدم حصول التسجيل ، ومن شأنه هذه الآثار أيضا أن يكون للمشتري - إذا ماخشى على العين من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع ، أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة ، إذ النزاع على كل حال منصب على العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (نفس مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨) .
(٢) ليس هذا فحسب ، بل إن البيع الصادر من البائع إلى مشتري آخر إذا سجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، لم ينفذ مع ذلك في حق المشتري الأول الذي رفع هذه الدعوى إلا إذا كان المشتري الآخر حسن النية ، ذلك أن حق المشتري الأول الذي سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا تتقدم بحجب إلا في مواجهة الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى (م ٢/١٧ قانون الشهر) . كذلك لا يحتج على المشتري الأول بتسجيل سابق لعقد صوري ، سواء كان هذا العقد الصوري لا وجود له أصلا (نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٣) ، أو كان عسقا غيبا في صورة عقد بيع (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٠ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٣٤) .
ويجوز لمشتري أن يحتج بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد من وقت حصول التسجيل ، حتى لو كان عند السانع له لم يسجل إلا بعد صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٥ ص ٤١١) .

استحقاق مالا كما سبق القول (١) ، فأدخلتها ضمن دعاوى الاستحقاق التي تسجل صحيفتها ويكون لتسجيلها الحجية التي قدمناها طبقاً للمادة السابعة من قانون التسجيل (٢) . وجاء قانون تنظيم الشهر العقاري مؤيداً للعمل وللنضاء ، فنص سراحة في المادة ٢/١٥ كما رأينا على أنه : يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية (٣) . ورتب على تسجيلها ، كما جاء في المادة

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٩ .

(٢) نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ ص ٤٥٤ - ٢٧ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٢ ص ٢٤٣ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥٩ ص ٤٩٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٣ ص ٥٨٧ .

(٣) ولا يجوز تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد إلا بعد إعلانها وقيدها بمجدول المحكة (م ١٥ قانون الشهر) ، ولا يكن التأشير من مصلحة المساحة على صحيفة الدعوى (نقض مدنى ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام للنقض ٣ رقم ١٥٦ ص ١٠٤٢) . والعبرة في تحديد الأرض المحكوم بإثبات صحة التعاقد فيها هي ما ورد من ذلك في العقد الذى يمت بموجبه ، لا بما يكون قد ورد في صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدنى مدنى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٦ ص ٢٣٣) .

على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية قبل التأشير بالحكم الصادر فيها (نقض مدنى ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ - ١٣ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٤٧٦) . ولما كانت محكمة النقض لا تأخذ بالأثر الرجعى للتسجيل ، فقد رتب على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا يثبت الملكية فيما يأتى : (١) رفض دعوى شفعة رفعها مشتر لم يسجل عقد مشتراه للعقار المشفوع به وإن كان قد سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٣٢) . (ب) سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بمضى أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع لا من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥ - ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩) . (ج) في صدد المفاضلة بين أى المالكين ، أرض الشفع أو أرض المشتري ، تمود عليه منفعة أكثر ، يسقط اعتبار الشفع مالكاً لجزء من الأطنان التي يشفع بها على أساس مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) - فانسحاب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد بمقتضى على حماية رافع الدعوى من الحقوق التي تقرر على العقار بعد تسجيل صحيفة الدعوى (سجلات مصر ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢١٣ - الاستاذ محمد كابل م من شهر "سرفات فقرة ١٤٩ ص ٢٣٠) .

٢١/١٧ ، أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى .

ولما كانت دعوى صحة التعاقد الغرض منها ثبوت أن عقد البيع قد صدر من البائع صحيحاً نافذاً وأن هذا العقد لا يزال صحيحاً نافذاً وقت صدور الحكم (١) ، فانه يجوز للبائع أن يتقدم في هذه الدعوى بأى دفع يتعارض مع ذلك . فيجوز له إذن أن يدفع الدعوى بصورية البيع ، أو ببطالانه لانعدام التراضي أو لاستحالة المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لغير ذلك من أسباب البطلان (٢) . ويجوز له أن يرفع دعوى مربية باطلال البيع لغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو لنقص في الأهلية . ويجوز له أن يدفع بانفساخ البيع أو عدم نفاذه ، لتحقيق شرط فاسخ أو لعدم تحقق شرط واقف أو لاستحالة التنفيذ أو لغير ذلك من أسباب الانفساخ أو لعدم النفاذ (٣) . ويجوز له أخيراً

(١) لذلك يقع على المشتري عبء إثبات صدور عقد البيع من البائع . ولما كان البيع تصرفاً قانونياً ، فلا يجوز إثباته بالبينة أو بالفرائض إلا إذا كان الثمن لا يزيد على مئة جنيهات . والغالب أن يقدم المشتري ورقة عرفية بالبيع عليها توقيع من البائع غير مصدق عليه ، فيتسع المجال عندئذ للبائع أن يظن في هذه الورقة بالتزوير أو بالبطلان أو بالإبطال أو بالانفساخ أو بالانفساخ أو بغير ذلك من أوجه الطعن

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع لئى يجب تثبت من توافرها قبل الحكم بانهقاده ، وما يجزئ قاضى الموضوع من هذا التثبت في دعوى صحة التعاقد يجب عليه أن يورده في أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لا يغير أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، ويمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحرفها في الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بشيوع حصول البيع بين عرفية وبالترجيح بتهجيل الحكم ليقوم مقام العقد في نقل الملكية مجهلاً فيه ركن الثمن المقول بأن البيع ثم عن أساسه ، فإنه يكون مشوباً بأسبابه متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص ١١٤) .

(٣) ومن أسباب عدم نفاذ البيع الدفع بعدم تنفيذ العقد ، فإذا لم يتم المشتري بالتزوي من دفع الثمن ورفعه مع ذلك على البائع دعوى بصحة التعاقد ، جاز للبائع أن يدفع هذه الدعوى بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن فتوقف عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، وفقاً للقواعد المفترضة في الدفع بعدم التنفيذ (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٤٧ ص ٤١١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٧ ص ٧٨٩ - الأتتد بميد التنازع هيدالدى غفرة ٩٥ ص ١٤٠ - الأتتد منصور منصور بمجموعة ٦٩ ص ١٠٩) .

أن يرفع دعوى فرعية بفسخ البيع لعدم قيام المشتري بتنفيذ التزاماته (١) .

= ومن أسباب إبطال البيع صدوره من مجبور عليه دون أن تلحقه الإجارة ، فلا بد أن تثبت الحالة مما إذا كان البيع في هذه الحالة قد أجبر أو بن دون إجارة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشتري برفع دعوى صحة التعاقد ونفاذه ، ورثة البائع المحجور عليه ، قد أجازوا بعد وفاته ما يترتب عليه نفاذ العقد الصادر من القيم ولو لم يأذن به المجلس الحسبي ، فلا يعرض الحكم لهذا الدفاع ، ويقضى برفض الدعوى بناء على أن المحجور عليه كان قد توفى في الوقت الذي صدر فيه إذن المجلس الحسبي ، فإن الحكم يكون قاسراً للتسبب متعيناً نقضه (نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٩ ص ١٢٥) .

(١) أما إذا كان البيع منفسخاً فلا حاجة لرفع دعوى فرعية ، ويمكن دفع الدعوى الأصلية بأن البيع منفسخ . كذلك يمكن الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته ، فيتعين عندئذ على المحكمة أن تبحث أمر قيام المشتري بالتزاماته حتى يكون له الحق في طلب الحكم بصحة البيع ونفاذه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أساس دعوى صحة التعاقد حصول البيع واستناع البائع من تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري ، وكان المطلوب فيها هو الحكم بإنفاذ هذه الالتزامات جبراً على البائع ، وذلك بالحكم بأن البيع الذي صدر فيه صحيح وبأنه واجب النفاذ عليه وبالإذن في تسجيل الحكم توصلًا لا انتقال الملكية ، فهي بحكم هذا الأساس وتلك الطلبات تستلزم قانوناً من القاضي أن يفصل في أمر صحة البيع ، ثم يفصل أيضاً في أمر استناع البائع من تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر في هذا الاستناع . وإذا كان من الأضرار الشرعية لعدم وفاء المتعاقدين بالتزامه في العقود التبادلية أن يكون المتعاقدين الآخرين يوفون بالتزامه ، فإن هذا يستلزم النظر في أمر قيام المشتري بتنفيذ التزاماته هو ، حتى يكون أو لا يكون له الحق في مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته . وإذا كان محل هذه الأمور يتعزم أن يتعرض لها القاضي للفصل في الدعوى ، فلا يصح القول بأن نظر المحكمة فيها يكون مقيداً بذات صحة التعاقد فحسب . وكذلك لا يصح القول بأنه على البائع رفع دعوى بطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المدونة عليه بصحة التعاقد ، إذ استمالة الحق كما يكون في صورة دعوى به يرفضها صاحبه يكون مرة دفع في دعوى مرفوعة عليه ، (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٩ ص ٤٣٤) .

وإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه ، ورفع على البائع دعوى صحة التعاقد ونفاذه ، وجب رفض الدعوى ، لا لأن بيع ملك الغير هنا قابل للإبطال إذ الإبطال من حق المشتري وحده وهو الذي يرفع الدعوى بصحة التعاقد فيكون رفعه لدعوى إجارة العقد ، ولكن لأن هذا البيع غير نافذ في نقل الملكية للمشتري ، ودعوى صحة التعاقد لا تقبل إلا إذا كان من شأن البيع المتمسك به فيها نقل الملكية ، ويستوى في ذلك أن يتدخل المالك الحقيقي في الدعوى أو لا يتدخل (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٥٠ - ص ١٥١ - وانظر في حالة تدخل المالك الحقيقي : نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧ ص ١٠٤٦) . فيجوز إذن للمالك الحقيقي أن يتدخل في دعوى صحة التعاقد ويدفع الدعوى بأن البائع ليس هو المالك ، فلا يسوغ وقف الدعوى حتى يفصل في الملكية ، بل يجب الفصل في الملكية =

ونتقدم دعوى صحة التعاقد بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع ،
شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى (١) .

وكما يجوز للمشتري رفع هذه الدعوى على البائع ، يجوز له أيضاً أن يرفعها
على وارث البائع بعد موت البائع ، باعتبار أن الوارث يمثل التركة وأن التزام
البائع بنقل الملكية باق بعد موت البائع في تركته . ومن ثم يجوز لوارث البائع
أن يحتج على المشتري بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث (٢) ، ويجوز

= في الدعوى ذاتها (نفقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧
ص ١٠٨٦) . وإذا تمسك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بأنه يملك العقار بالتقادم
الطويل ، وجب رفض دعوى صحة التعاقد (نفقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة
أحكام النقض ٤ رقم ٣ ص ١١) . وإذا تمسك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بملكيت
هو للعقار المبيع ، تبين على المحكمة المنظور أمامها الدعوى الفصل في ذلك ، إذ أن الحكم بصحة
التعاقد يتوقف على التحقق من عدم سلامة هذا الدفاع (نفقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥
مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٦ ص ١٦٢٤) . وقد يكون المالك الحقيقي شخصاً صدر له
عقد من البائع وسجل قبل أن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، فيجب في هذه الحالة
رفض دعوى صحة التعاقد متى كان المشتري الذي سجل أولاً حسن النية (نفقض مدني ١٧ ديسمبر
سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) .

(١) غير أنه إذا تسلّم المشتري العقار من البائع ، فن الجائز أن يكون قد تملكه بالتقادم
الطويل مدة خمس عشرة سنة . وإذا فرض أن هذه المدة لم تنقض منذ تسلّم المشتري
العقار ، ولكنها انقضت منذ صدور البيع ، فهل تسقط دعوى صحة التعاقد بالتقادم وذلك
بالرغم من تسلّم المشتري للعقار ؟ الظاهر أنه يمكن اعتبار تسلّم المشتري للعقار قاطعاً لمدة التقادم
المسقط ، فلا تسقط دعوى صحة التعاقد إذا كان المشتري قد تسلّم البند قبل انقضاء خمس
عشرة من وقت صدور البيع (انظر في هذا المعنى الدكتور محمود شوقي في الشهر العقاري علماً
ومحلاً ص ٢٠٠) .

(٢) نفقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ - كذلك
لا يجوز لدائن تركة البائع أن يتمسكوا ضد المشتري بعدم تسجيل البيع . فإذا مات البائع قبل
الوفاء بتمهده بنقل الملكية ، لم يكن لدائنه للعادي أن يدعى في مواجهة المشتري أى حق
على العقار المبيع يقتضي مع تمهده البائع ، ولا يجوز هذا لدائن إجراء التنفيذ على العقار باعتبار
أنه كان مملوكاً للورث وقت وفاته ، خصوصاً إذا كان المشتري قد سجل حكماً صدر له
على الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ (نفقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة
عمر ٤ رقم ١٠٥ ص ٢٦٩) .

• ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد على المتقاسمين مع البائع قسمة أفرزت المبيع (نفقض مدني
٥ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .

١ ث المشتري أن يرفع دعوى صحة البائع أو على وارثه . على الوجه الذي
فـ

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع عنده لم يسجل . فللمشتري أن يدفع
باسم البائع له دعوى صحة التعاقد على البائع ، حتى يتمكن - بعد تسجيل
الدعوى والتأشير بالحكم - أن يسجل عقد البيع الصادر له من البائع أو أن
يحصل على حكم بصحة التعاقد الصادر له هو من البائع (٢) .

(١) نفى مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٥ ص ٣٠٦ وقد سبقت
الإشارة إليه . فندت أيضاً محكمة النقض بأن طلب ورثة المشتري لعقار صحة ونفاذ البيع الذي
عقده مورثه - حمل موضوع الدعوى في جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذا مثل هذه الدعوى
التي يمس منها أن تكون دعوى استحقاق مآلاً لا يعتبر في الأصل قابلاً للتجزئة لكل وارث
أن يطالب بحصته في المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة
لذاته أو لفهم قصد المتعاقدين (نفى مدني أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض
٢ رقم ٧٣ ص ٢٩٤) . ولكن يبدو أن البائع في هذه الحالة أن يدفع دعوى أحد الورثة بعدم
جواز تفرق الصفقة ، فيطلب تنفيذ البيع بأكله ويتقاضى كل النصف من الثمرة . وقضت محكمة
النقض أيضاً بأنه يجوز تقرير عدم التجزئة بإرادة المتبايعين ، فإذا اشترى شخص قطعت أرض
مفتصلتين الواحدة عن الأخرى بعقد بيع واحد ، وتهد بوفاء دين قطعة مما ينتج من قسم الثانية ،
وانقضت رغبة البائع في التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعتي الأرض على الراء لمشتري
واحد يكر من باقي قسم إحداها ما على الأخرى لنفس الدائن ، وجب رفض الحكم بصحة
ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين لعدم القابلية للتجزئة (نفى مدني ٢٢ مارس
سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

هذا ويجوز لدائي المشتري رفع دعوى صحة التعاقد باسم المشتري مدينهم إذا أهل هذا
في رفضها (الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٢١ ص ٧٦٠) .

(٢) نفى مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٩ ص ٣١٧ - ٢٠ أبريل
سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٩٧ -
الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٢١ ص ٣٦٠ - ص ٣٦١) . وقضت محكمة النقض
بأن المشتري من مشتر لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصل بالتوقيع له على عقد
صالح للتسجيل إذ هو لم يتعاقده معه ، بل كل ماله - حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله -
هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل لمن اشترى منه (نفى مدني ١٦ أبريل
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) - وإذا رفع المشتري الدعوى على
كل من البائع والبائع للبائع ، فصل في الدعوى في صحة العقدين ، العقد الصادر من بائع البائع
البائع والمقدار من البائع لمشتري ، كما أن كل الحقوق التي كسبها البائع من بابت تشتت
إلى المشتري - . (نفس مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ ص ٣٠١) .

٢٧٥ - دعوى صحة التوقيع : على أن المشتري قد يكون في بده

ورقة عرفية بالبيع موقعة من البائع بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، وبمنع البائع مع ذلك من الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على توقيعه تمهيداً للتسجيل . وقد قدمنا أن للمشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يرفع دعوى صحة التعاقد ، فيصل بها إلى الحكم بصحة ونفاذ البيع على النحو الذي قدمناه . إلا أنه قد يقع في هذه الحالة بدعوى أكثر يسراً ، ولكنها أقل شأناً ، وهي دعوى صحة التوقيع . وقد استعار العمل هذه الدعوى من دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المعروفة في تقنين المرافعات .

فيجوز للمشتري أن يختصم البائع ليقر أن الورقة العرفية هي بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويكون ذلك بدعوى أسلية بالإجراءات المعتادة للدعوى . فإذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسبه إلى سواء ، اعتبرته المحكمة مقراً بتوقيعه على ورقة البيع ، وتكون جميع مصروفات دعوى صحة التوقيع على المشتري . أما إذا لم يحضر البائع ، حكمت المحكمة في غيبته بصحة التوقيع ، ويجوز له أن يعارض في هذا الحكم في جميع الأحوال . وإذا حضر البائع وأنكر التوقيع أو نسبته إلى سواء ، اتخذت المحكمة الإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في المواد ٢٦٢ - ٢٧٦ لتحقيق التوقيع والحكم بصحته أو برد الورقة (أنظر المواد ٢٧٧ - ٢٨٠ مرافعات) . ومنى صدر الحكم بصحة التوقيع ، سواء باقرار البائع أو بعد التحقيق ، اعتبرت ورقة البيع العرفية هي والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الإمضاء ، فإذا سجلها معاً انتقلت الملكية إلى المشتري (١) .

(١) مع ملاحظة أن يرفق المشتري هذين السدين بالمستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، كما هو الأمر في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد .

وقد جرى المتاملون على رفع دعوى صحة التوقيع في عهد قانون التسجيل ، وكثيراً ما كانت تشمل هذه الدعوى للاغتصاب ، فيتواطأ شخصان على كتابة ورقة عرفية يبيع فيها أحدهما للآخر حقاراً مملوكاً لذير ، ثم يرفع المشتري على البائع دعوى صحة التوقيع ، فيقر البائع بصحة تربيته أو ينيب ، فيحصل المشتري على حكم بصحة التوقيع يسجله مع عقد البيع العرفي . ومن أجل ذلك لم يذكر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع من بين الدعاوى التي تسجل صحتها ، =

ولما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع هو مجرد ثبوت أن التوقيع المبرسوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فإنه لا تجوز المناقشة في هذه الدعوى في أمر صحة التعاقد ونفاذه . هو الأمر في دعوى صحة التعاقد فيما قلنا . فلا يطلب من المشتري إلا إثبات صحة توقيع البائع على الورقة العرفية ، ولا يجوز للبائع بعد أن تثبت صحة توقيعه أن يظن في البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو أنه قد انسخ أو أن هناك محلا لفسخه أو أنه غير نافذ لأي سبب من الأسباب (١) ، فكل هذه مسائل لا شأن لدعوى صحة التوقيع بها ، ومحل

= ويقول الدكتور محمد شوقي في هذا الصدد : « وقد كانت الأسباب التي سبق أن سردناها دافعة إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعوى من المحررات الواجب شهرها ، فاستبعد ذلك عدم شهر الأحكام الصادرة فيها . وعلى ذلك فقد امتنت مكاتب الشهر من شهر أي حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ ، حتى ولو كانت الدعوى قد أقيمت قبل ذلك التاريخ إذ كان من الميسور لدى فيها تعديل طلبه إلى صحة التصديق الصادر إليه إن كان جاداً في دعواه » (الشهر العقاري علما وعملا ص ١٩٣) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري : « كما أن النص (م ١٥) قد استبعد من المحررات الواجب شهرها دعوى صحة التوقيع » . انظر أيضا الأستاذ محمد علي إمام ص ٢٩١ - ٢٩٢ .

ومهما يكن من أمر فإن دعوى صحة التوقيع كانت مألوفة في عهد قانون التسجيل كما قدمنا . ولا يوجد في القواعد العامة ما يمنع من رفعها حتى الآن ، ولكنها إذا رفعت لم يجز تسجيل صحتها ويعارض مكتب الشهر وتسجيل الحكم الصادر فيها . ولكن إذا سجل هذا الحكم مع ورقة البيع العرفية ، كان هذا بمثابة تسجيل عقد البيع ، وانتقلت الملكية للمشتري . وقد قصت محكمة النقض بأنه لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع إنما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع ، فإن هذه الدعوى لا يفيد تسجيلها شيئا ، بل لابد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره في نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ التسجيل (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٣٤ ص ١٠٣٢ - وانظر أيضا : نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧) . وقضت محكمة النقض أيضا بأن دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد حكمهما سواء من حيث أثر تسجيل الحكم الصادر في كل منهما ، وإذن فالعقد المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ التسجيل بمثابة العقد المسجل (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٤ ص ٧٢٣ - وانظر أيضا استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٢٤٦ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٦ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٧٠) .

(١) غارن محكمة استئناف لسيوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٩٥ (حيث أجازت في دعوى صحة التوقيع أن يدفعها البائع بأن المشتري لم يدفع الثمن المستحق) .

بأنها يكون في دعوى صحة التعاقد كما سبق القول . ذلك أن الحكم بصحة التوقيع لا يستفاد منه غير أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فلا يفد هذا الحكم أن البائع صحيح نافذ . ومن ثم كان تسجيل البيع مصحوباً بحكم صحة التوقيع غير مانع للبائع بعد ذلك من الطعن فيه بجمع الطعون المتقدمة الذكر في دعوى مستقلة يرفعها على المشتري (١) .

وتتقدم دعوى صحة التوقيع بخمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورقة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى ، فيسقط حق المشتري في إثبات صحة توقيع . يؤيد ذلك ما ورد في المادة ٢٧٦ مرافعات من أنه « إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحتها ، أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أو ب جلسة » .

وكما يجوز للمشتري رفع دعوى صحة التوقيع على البائع . يجوز له أيضاً رفعها على وارث البائع إذا كان البائع قد مات . غير أنه إذا أنكر وارث البائع توقيع مورثه على ورقة البيع وأنكر خط مورثه في الورقة كلها ، لم يعد المشتري يستطيع أن يقدم لإثبات صحة التوقيع من أوراق المضاهاة إلا خط البائع أو امضاءه أو ختمه أو بصمة أصبعه الموضوع على أوراق رسمية . ذلك أن المادة ٢٦٩ مرافعات تنص على أنه « لا يقبل المضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم إلا : (١) الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوع على أوراق رسمية . (٢) الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من الورقة المكتضى تحقيقها . (٣) خطه أو امضاءه أو بصمة أصبعه الذي يكتفي أمام القاضي » . وبعد موت البائع لم يعد ممكناً استكتابه ، ولم يعد ممكناً صدور اعتراف منه بجزء من ورقة البيع وقد أنكرها الوارث كلها ، فلا يبقى للمضاهاة إلا الأوراق الرسمية الموضوع فيها خط البائع أو توقيعها إذا وجدت هذه الأوراق . ويجوز لو ارث المشتري أن يرفع دعوى صحة التوقيع على البائع أو على وارثه ، على الوجه الذي قدمناه .

(١) نفس مد ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض رقم ١٣٦ ص ٨٤٩ —
١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ١١٠ ص ٦٤٠ .

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع لم يسجل عقده ، فالظاهر أن هذا الأمر يتعلق بصحة أصل ملكية البائع ، فلا يجوز للمشتري أن يكتفى برفع دعوى صحة التوقيع على البائع للبائع باسم البائع ، بل يجب أن يرفع عليه باسم البائع دعوى صحة التعاقد على الوجه الذى أسلفناه (١) .

وبخلص مما قدمناه أن هناك فروقاً جوهرية بين دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع تخلص فيما يأتى :

(١) المطلوب فى دعوى صحة التعاقد هو إثبات صدور عقد البيع من البائع وأنه بيع صحيح نافذ وقت صدور الحكم ، أما المطلوب فى دعوى صحة التوقيع فهو مجرد إثبات أن التوقيع الذى تحمله ورقة البيع المربى هو توقيع البائع .

(٢) ويترتب على ذلك أن البائع فى دعوى صحة التعاقد يستطيع أن يظن فى البيع بالبطلان أو الإبطال أو الفسخ أو الانفساخ أو عدم النفاذ لأى سبب ، ولا يستطيع ذلك فى دعوى صحة التوقيع .

(٣) ويترتب على ذلك أيضاً أن الحكم بصحة التعاقد يجعل البيع فى مأمن من أن يظن فيه فيما بعد بالطعون المتضمن ذكرها ، أما الحكم بصحة التوقيع فلا يمنع من الطعن فى البيع بجميع أوجه الطعون المتقدمة الذكر .

(٤) ويجوز للمشتري أن يرفع باسم البائع على البائع دعوى صحة التعاقد ، ولا يجوز أن يرفع دعوى صحة التوقيع .

(٥) وهناك أخيراً غرق هام يتعلق بتسجيل صحيفة الدعوى . فقد رأينا أن دعوى صحة التعاقد تسجل بمحلفتها ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف فى العقار ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد وأشربه المشتري على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، أصبح أى تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى غير نافذ فى حق المشتري . أما دعوى صحة التوقيع فليست من الدعاوى التى تسجل بمحلفتها ، وإذا سجلت فلايس لتسجيلها أثر من ناحية عدم الاستجاء بتصرفه من البائع . والمبرة فيها بصدور

آخر بعد رفع دعوى صحة التوقيع ، بل بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى إذا أمكن ذلك (١) . يسجل المشتري الآخر سند قبل أن يسجل المشتري الأول عقد البيع له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، فإن المشتري الآخر هو الذى يفضل على المشتري الأول (٢) .

من أجل هذه المربة الأخيرة فى دعوى صحة التعاقد ، وهى إمكان الاحتجاج

= ردعها المشتري وسجل صحيفتها قد أثبت راسماً على صاحب صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع . وأن له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع ، وفى أثناء نظرها قام النزاع هل المفاضلة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد المشتري الثانى ، فصلت المحكمة فى الدعوى بأن فصلت بين مدين التسجيلين وانتهت بالحكم لمصلحة المدعى بما لا يتفق وما كان يرى إليه المشتري الثانى من تدخله فى الدعوى — إذا كان ذلك ، فإن جريان الحكم فى منطوقه بالنقض بصحة التوقيع لا يتعارض مع اعتبار الدعوى دعوى صحة تعاقد ، فإن أسبابه فى الظروف والمخالفات التى صدر فيها تدل على أن الفرض الحقيقى من الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد . وما جرى به المنطوق على تلك الصورة لا يمكن أن يكون له تأثير فى هذه الحقيقة ، إذ المبرة هى بما رى إليه الخصوم فى دعواهم وبالطريق الذى سبروها فيه وانتهى إليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها (نقض مدنى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٣ ص ٤٨٩) .

وقفت أيضاً بأنه إذا كانت دعوى صحة التوقيع — سواء كان سنداً قانون المرافعات أو قانون التسجيل — لا تمدد أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع هل العقد مصدقاً عليه تمهيداً لتسجيله ، ففى تلك طبيعتها دعوى شخص . تندرج ضمن السواى الميضية الإدارية التى يعتد عليها هذه السابقة من القانون المذكور ولا تحاذ حكمها . فالقول بوحدة الأساس للقانون لهذه الدعوى ودعوى صحة التعاقد التى تعتبر دعوى استحقاق مآلاً ، وإن صلح مبرراً للتسوية بينهما فى جيل الحكم الصادر فيها أداة صالحة لتسجيل العقد وما يترتب عليه من أثر أصيل ، لا يبرر التسوية بينهما فى أثر استثنائى منوط بطبيعة دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع (نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٢ ص ٦١٦) .

(١) كان هذا ممكناً فى عهد قانون التسجيل ، وإليه أشارت محكمة النقض فى الحكم الملخص فى الحاشية السابقة (نقض مدنى ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢) ، إذ نقول المحكمة فى صدد تسجيل الحكم بصحة التوقيع أن ليس لهذا التسجيل «أثر رجعى» تدعى من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع .

(٢) لكن إذا سجل المشتري عقد البيع الصادر له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، ثم باع عقاره إلى مشتر ثان سجل عقد شرائه قبل أن يسجل البائع صحيفة دعوى التصحیح التى رفضها المشتري الأول ، فإن المشتري الثانى وقد سبق إلى التسجيل لا يحتج عليه بالحكم الصادر فى دعوى التصحیح ما دامت صحيفة هذه الدعوى قد سجلت بعد أن سجل المشتري الثانى عنده (نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٣٠٧) .

بتسجيل صحيفة الدعوى فيها ، تضاف إليها أيضاً مزية أن الحكم بصحة التذعن
يصنى جميع أوجه النزاع في شأن عقد البيع ويكون الحكم حجة قاطعة على أن البيع
صحيح نافذ ، غلبت دعوى صحة التعاقد في التعامل على دعوى صحة التوقيع (١) ،
بالرغم مما في هذه الدعوى الأخيرة من بسر في الاثبات ونجس للدفع التي
وأبناها في دعوى صحة التعاقد . وبالرغم من أن الرسم المقرر على دعوى صحة
التوقيع (٢) أقل من الرسم النسبي على دعوى صحة التعاقد .

٢٧٦ - البيع غير المسجل بنشئ جميع الالتزامات الأخرى

في جانب البائع وفي جانب المشتري : وإلى جانب الالتزام بنقل الملكية بنشئ
البيع غير المسجل جميع الالتزامات الأخرى في جانب كل من البائع والمشتري .
فينشئ في جانب البائع إما بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق
وبضمان العيوب الخفية .

فيلتزم البائع ، بموجب البيع غير المسجل . بتسليم المبيع إلى المشتري .
ومجوز للمشتري أن يجبره على تسليم المبيع حتى ولو تسجل عقد البيع . وإذا
تسلم المشتري المبيع ، وهلك في يده قبل تسجيل عقد البيع ، فإنه يهلك عليه مع أنه
غير مالك ، ولا يهلك على البائع بالرغم من أنه لا يزال مالكا (٣) . ذلك أن
نبعة هلاك المبيع تدور مع التسليم إلى المشتري ولا تدور مع انتقال الملكية كما
منرى ، فإن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ولو كان البيع مسجلا فانتقلت
الملكية إلى المشتري ، ويهلك على المشتري بعد التسليم ولو كان البيع غير مسجل
فلم يصبح المشتري مالكا .

(١) وهذا في عهد قانون التسجيل ، أما قانون الشهر العقاري فقد قدّم أنه استبعد صحيفة
هذه الدعوى من بين المهررات الواجب شهرها ، وقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أى حكم
بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ (انظر آنفاً نفس هذه الفقرة في الحاشية) .
(٢) الرسم المقرر في دعوى صحة التوقيع هو خمسة جنيهات في القضايا الكتابية وبسببان
في القضايا الجزئية .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى مقرة ٢٢٧ ص ٢٤١ .

ويضمن البائع للمشتري ، بموجب البيع غير المسجل ، التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق . كما يضمن كل ذلك بالبيع المسجل (١) . فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه واستحقاق المشتري الثاني للعقار . وإذا نفذ دائن البائع على العقار المبيع وسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، ضمن البائع يستطيع أن يحتج بأن المشتري قد قصر في عدم تسجيل البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . وذلك أن سبب التعرض آت من جهة البائع إذ دائنه هو الذي ينفذ على العقار (٢) .

ويضمن البائع للمشتري أخيراً ، بموجب البيع غير المسجل . العيوب الخفية في المبيع . وللمشتري أن يرجع بدعوى العيب الخفي على البائع ، حتى قبل أن يتسلم المبيع ، وحتى قبل أن يسجل عقد البيع ، على التفصيل الذي سنسطه عند الكلام في ضمان العيوب الخفية .

وينشئ البيع غير المسجل في جانب المشتري التزاماً بدفع الثمن والمصروفات

(١) نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ . ولكن البائع إذا امتنع عن تسليم العقار للمشتري ، وأظهر نيته في وضوح أنه يضع يده عليه بنية تملكه ، وسكت المشتري عن المطالبة بالتسليم ، فلا يعتبر تعرضاً من البائع مضموناً عليه أن يبقى حائزاً للعقار بنية تملكه بالتقادم الطويل . فإذا بقى البائع حائزاً للعقار بنية تملكه حراً عشرة سنة ملكه بالتقادم ، ولا يتعارض ذلك مع ضمان البائع للتعرض فإنه يملك العقار بسبب آخر مشروع . وسنبين ذلك تفصيلاً عند الكلام في ضمان التعرض ، ونكتفي هنا بملاحظة أن هذا الحكم صحيح حتى لو بقى البائع واثماً يد على العقار المبيع والبيع لم يسجل . ولا يعترض على ذلك بأن البائع إنما يكون حائزاً للملكة إذ البيع لم يسجل فلا يتصور أن يتسلط بالتقادم ، ذلك أن المشتري إذا سجل البيع بعد ذلك اعتبر مملوكاً له - فيما رى - منذ صدور البيع لا من وقت التسجيل ، فيكون البائع قد حاز عقاراً غير مملوك له منذ البداية .

(٢) ولكن يجوز للبائع بمقد غير مسجل أن يطلبه تثبيت ملكيته في العقار المبيع ضد من ينازعه فيه هذا المشتري ، الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بموجب الضمان الذي يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مسجداً (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٢ ص ٢٧٦)

والزاماً بتسلم المبيع . فيستطيع البائع ، ولو قبل تسجيل البيع ، أن يطالبه بتنفيذ
مكل هذه الالتزامات على النحو الذي سنبينه في موضعه (١) .

٢٧٧ - البيع غير المسجل ترتب عليه آثاره بوصفه بيعاً : وإلى جانب
الالتزامات التي ينشأ البيع في جانب كل من البائع المشتري ، فإن البيع بوصفه
عقد بيع ترتب عليه آثار معينة ، من أهمها أنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وأنه
يكون سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي قبل التقنين المدني الجديد ، وأن البيع صادر
من غير المالك يكون بيعاً قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري . وهذه الآثار جبرية ،
كما ترتب على البيع المسجل ، ترتب كذلك على البيع غير المسجل ، فإن التسجيل
لا يعتد به وجوداً أو عدماً في ترتيب البين لهذه الآثار .

فالباع غير المسجل يأخذ فيه بالشفعة . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له من
آخر ، ولم يسجل المشتري البيع ، فإن الشفع يستطيع أن يأخذ العقار المباع
بالشفعة ولو أن البيع لم يسجل . وتسرى مواعيد الشفعة دون اعتداد بالتسجيل ،
فإذا صدر إنذار رسمي من البائع أو من المشتري إلى الشفع (م ٩٤٠-٩٤١ مدني) ،
وجب على الشفع إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته في الأخذ بها في خلال
خمس عشرة يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي (م ٩٤٠ مدني) ولو كان هذا البيع
لم يسجل . وكذلك يجب على الشفع ، في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان
الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ولو لم يسجل البيع ، إيداع كل الثمن الحقيقي الذي
حصل به بيع العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة وقبدها
بالجدول . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية في دوائرها المجتمعة ، في عهد
قانون التسجيل ، بأن هذا القانون لم يفسخ . باديء القانونية لعدم ولا شيئاً من
أحكام الشفعة ، فعليه فإن حق الشفعة الذي ينشأ من يوم العلم بالبيع (٢) لا يمكن
تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، لما
في ذلك من الضرر على المشتري الذي يضر - مهدداً بالشفعة ، وإذن يسقط

(١) نفس مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ - ٢٠ سوبر

سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٠ .

(٢) من العلم المدني الجديد من يوم الإنذار الرسمي بالبيع .

حق الشفع بسكوته مدة خمس عشر يوماً من يوم العلم بالبيع (١) ، لا من يوم التسجيل (٢) .

والبيع غير المسجل ، قبل التقين المدنى الجديد ، يصلح سبباً صحيحاً في التقادم الخمس (٣) . فإذا اشترى شخص ٥ أ من غير المالك ، ولو كان حسن النية ، يعتقد وقت صدور البيع أنه اشترى من المالك ، وحاز العقار خمس سنوات ،

(١) من يوم الإنذار الرسمى بالبيع في التقين المدنى الجديد .

(٢) استئناف مصر للدوائر المحترمة ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٢٩ - المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٨ ص ٥٠٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - استئناف مخطط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ .

ونفى عن البيان أنه إذا وجد نص يجعل الميعاد يسرى من وقت التسجيل ، كما في سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بأربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨ مدنى) ، فإن النص يكون واجب التطبيق في الحالة التي ورد فيها بالذات .

ولا يترك ان البيع غير المسجل يكون يبعاً بهذا الوصف في الشفعة ، أن الشفع إذا لم يسجل الرغبة في الأخذ بالشفعة قبل أن يبيع المشتري العقار لمشتري ثان ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التي اشترى بها ، حتى لو لم يسجل أى من المشتري الأول أو المشتري الثانى عقده . فالعبرة في الشفعة بالبيع ، ولا ضرورة لتسجيله ، فهذا بيع أول غير مسجل لم يأخذ فيه الشفع بالشفعة ، ثم تلاه بيع ثان غير مسجل أيضاً هو الذي يأخذ فيه الشفع بالشفعة . وليس للشفع أن يمتنع بعدم تسجيل البيع الأول وبأن حقه في الأخذ بالشفعة لا يزال باقياً في هذا البيع ما دام لم يسجل ، فإن هذا البيع الأول قد نسخه البيع الثانى ولو لم يسجل البيعان (انظر المادة ٩٣٨ مدنى وتقول : إذا اشترى شخص مينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تنسأب رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يسجل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثانى وبالشروط التي اشترى بها .

هذا وإذا كان غير ضرورى أن يسجل بيع العقار المشفوع فيه للأخذ بالشفعة ، فمن الضروري تسجيل بيع العقار المشفوع به ، فإن الشفع لابد أن يكون مالكا للعقار المشفوع به حتى يستطيع التمسك بالشفعة ، وهو لا يملك هذا العقار إذا كان قد اشتراه إلا بتسجيل عقد شرائه . وسرى يبع بعد — انظر فقرة ٢٨٤ — أن الشفع إذا كان يشفع بعقار ولم يكن قد سجل سنده قبل الأخذ بالشفعة ثم سجله بعد ذلك ، فإن الأثر الرجعى لتسجيل يحمل الأخذ بالشفعة صحيحاً . ولكن القضاء والمقابلة يأخذان بالأثر الرجعى لتسجيل حمل ما سئبت ، ومن ثم فالأخذ بالشفعة عندهما لا يجوز في هذه الحالة (انظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٤٠) .

(٣) قانون استئناف مخطط ٨ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٧٢ .

فانه يملكه بالتقادم الحمسى ولو لم يكن البيع مسجلاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع البد به على المالك الحقيقي لإفادة التملك بالتقادم الحمسى ، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به في تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانوناً (١) ولكن هذا الحكم الذى يستخلص من القواعد العامة قد عدله التقنين المدنى الجديد بنص خاص ورد في تحديد السبب الصحيح في التقادم الحمسى ، إذا نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى : « والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحباً بحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون (٢) .

(١) نقض مدل ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ . ونقول محكمة النقض في هذا الحكم : « قبل قانون التسجيل يكاد يكون من المجمع عليه فقها وقضاة أنه لا يجب تسجيل السبب الصحيح لجواز احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقي ، اعتباراً بأن المالك الحقيقي لا يمكن اعتباره غيراً بالمعنى المفهوم لهذا النص في باب تسجيل العقود القائمة للملكية . ولم يأت قانون التسجيل بما يخالف هذا المبدأ ، لأن البيع لا يزال معتبراً فيه أنه من العقود الرضائية التى تتم بالإيجاب والتسليم وأن تسجيلها لا يزال غير معتبر أنه ركن ضرورى في وجودها القانونى ، ولأن قانون التسجيل هو قانون خاص بأحكام انتقال الملكية العقارية بالعقود ، ولذلك لم يلغ من أحكام القانون المدنى إلا ما كان من مواد خاصة بذلك . ومن جهة أخرى فلا يمكن اعتبار المالك الحقيقي عاقداً لواقع اليد ولا غيراً لمن لهم حقوق عينية على المنفعة الموضوعة اليد عليه ، فلا هو تاق من البائع حقاً عينية على العقار كان لا يتلقاه عنه إذا علم بالسبب الصحيح في حبه ، ولا هو في حاجة إلى العلم بالسبب الصحيح الصادر من غيره عن طريق التسجيل ، لأن انزعاع الدين منه ووضع الدين يده عليها واستمراره على ذلك خمس سنوات أبلغ في الإغفار إليه من العلم بالتصرف من طريق الكشف من دفاتر التسجيل » . انظر عكس ذلك : ستشاف مصر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٢ - ستشاف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ - ١٤ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٥٢ ص ١٥٠ - وانظر عكس ذلك أيضاً الأستاذ عبد المنعم بدرانوى بشرة ٢٥٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٧ .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد أن المشروع آثر هذا الحل حتى يمكن لتسجيل تمهيداً لإدخال السجل المتارى (مجموعة الأعمال انحصارية ح ٢ ص ٤٩٨) . فيجب إذن اعتبار هذا الحكم حكماً استثنائياً ثبت باسحق عن خلاف القواعد العامة للرفاء بمرس مدين (انظر عكس ذلك الأستاذ عبد المنعم بدرانوى فقرة ٢٤٢ ص ٢٦٦) .

والبيع غير المسجل لا يؤثر هدم تسجيله في قابلية بيع ملك الغير للإبطال . فقد
قدمنا - الكلام في بيع ملك الغير أن هذا البيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري ،
قبل أن يسجل وبعد التسجيل . مع غير أن يسجل هو بيع بهذا الوصف ،
فإذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير ، وأحد حكم هذا البيع وهو القابلية
للإبطال . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ مدني ، كما رأينا ، على هذا
الحكم صراحة إذ تقول : « إذا باع شخص شيئاً مبيعاً بالذات وهو لا يملكه ،
جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع
على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » (١) .

ب - حكم البيع بعد أن يسجل

٢٧٨ - البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يترتبها البيع غير المسجل :
وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي يترتبها البيع قبل أن يسجل ، وهي الآثار

(١) وقد نصت المادة ٣٣٦ من تقنين العقوبات على عقوبة النصب لكل من ترسل إلى
الاستيلاء على نقود إلخ . . إما باستعمال طرق احتيالية وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول
ليس ملكاً له ولأهله حق التصرف فيه . فإذا باع شخص عقاراً يملكه وسجل البيع ، ثم باعه
مرة أخرى ، اعتبر مرتكباً لجريمة النصب ولو أن البيع الثاني لم يسجل ، لأن البيع غير المسجل
يعتبر مع ذلك تصرفاً ، فيكون البائع قد تصرف بالبيع الثاني غير المسجل في عقار خرج عن
ملكه بتسجيل البيع الأول . أما إذا كان البيع الأول لم يسجل قبل صدور البيع الثاني ، فإن
البائع يكون قد تصرف في عقار يملكه ، إذ وقت صدور البيع الثاني لم يكن البيع الأول
قد سجل ولم يخرج البائع عن ملكية العقار . ولكن إذا أودع البائع المشتري الثاني بطرق احتيالية
أنه لم يتصرف في العقار ، ثم سجل المشتري الأول قبل أن يسجل المشتري الثاني ، كان هذا
نصباً بطرق احتيالية وكان الجنى عليه هو المشتري الثاني (أنظر في كل ذلك نقض جتاني
١١ أبريل سنة ١٩٢٩ بمجموعة عمر الجنائية ١ رقم ٢٢٤ - ٢٦٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٢
مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ١٧٤ - ٢٢٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ بمجموعة عمر الجنائية ٣
رقم ١٦٠ - ٢٠٩) .

وقبل قانون التسجيل كان البائع إذا تصرف في العقار مرة ثانية ، حتى لو لم يسجل المشتري
الأول عقده ، اعتبر متصرفاً به لا يملك ، وكان هذا نصاً الجنى عليه هو المشتري الثاني
(نقض جتاني ١٥ مارس سنة ١٩١٨ بمجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٧ - ٤٥) . أنظر أيضاً
الاستاذ عبد الحليم البدراني بقدره ٢٤٣ - فقرة ٢٤٤ .

التي تفصيلنا أهمها فيما قدمناه ، نبقى قائمة بعد أن يسجل البيع .

فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، مستمراً للالتزامات في جانب المشتري هي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . ويستطيع المشتري بعد تسجيل البيع ، كما كان ، يستطيع قبل تسجيل البيع ، أن يطالب البائع بتنفيذ هذه الالتزامات ، كما يستطيع البائع أن يدعي المشتري بتنفيذ التزاماته .

ويؤخذ في البيع المسجل بطبيعة الحال بالشفعة ، وبصلح البيع المسجل سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي ، بل أصبح البيع المسجل وحده بعد التقنين المدني الجديد هو الذي يصلح أن يكون سبباً صحيحاً دون البيع غير المسجل فيما قدمناه . وبيع مثل الغير يبقى قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده كما سبق القول .

٢٧٩ - وبزبر البيع المسجل بأنه ينقل الملكية فمعرفيها بين المتعاقدين

وبالنسبة إلى الغير : ويزيد البيع المسجل في آثاره على البيع غير المسجل في أنه ينقل ملكية العقار فعلاً من البائع إلى المشتري بمجرد التسجيل (١) ، متى كان العقار ، قس البيع مملوكاً للبائع . إذ أن بيع ملك الغير لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو سجل .

وتنتقل الملكية بالبيع المسجل فيما بين المتعاقدين (٢) وبالنسبة إلى الغير (٣) ،

(١) فإذا صححت حدود المقار المبيع ، وجب تسجيل عقد التصحيح ، ولا تترتب آثاره القانونية إلا وقت تسجيله فلا ينسحب إلى وقت تسجيل العقد الأول الذي لم يصح فيه الحدود . وقد قضت محكمة النقض بأن انعاده على تصحيح حدود المقار المبيع ورقه هو تعديل المبيع في جوهره ، فالحكم حكم العقد الأصلي نفسه من حيث إنه يجب أن يسجل لتترتب عليه آثاره القانونية ، فالحكم الذي يسحب تسجيل عند البيع على عقد التصحيح المحرر بعده وبمحل أسرار الأمانة في التسجيل تاريخ تسجيل ذلك العقد يكون خطأً في تطبيق القانون (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٨١ من ١١٢) .

(٢) وكذلك الخلف العام وأندان إذا لم يسجل تبينه بزع الملكية قبل تسجيل المشتري لبيع (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٤ من ٩٢٦) .

(٣) وقد لا تظهر لأول وهلة أهمية عمية من تحديد الغير ، مادام لا يوجد خلل لتمييز بين المتعاقدين والغير إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل في جميع الأحوال ، وهذا على خلاف عهد التقنين المدني السابق حيث كانت الملكية تنتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين وبالتسجيل -

ويحدد الغير على النحو الذى كان يحدد به فى التقنين المدنى السابق فيما قلناه
ويترتب على انتقالها فيما بين المتعاقدين أن تحدث جميع الآثار التى تترتب
على نقل الملكية ، وأهمها ثلاث : (١) يكون للمشتري حق التصرف فى العقار
المبيع باعتباره المالك له ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . (٢) يكون للمشتري
ثمن المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك
من الأعباء . وقد رأينا أن هذا الأثر يترتب من وقت البيع ، ولو قبل
التسجيل (١). (٣) إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز
للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تغليبه المشتري باعتباره قد أصبح مالكا
له ، دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . أما تحمل تبعه هلاك المبيع فقد قدمنا أنها
تنقل مع تسليم المبيع إلى المشتري ، لأمع انتقال الملكية إليه (٢) .

ويترتب على انتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ومن وقت هذا التسجيل
أنه إذا باع البائع العقار مرتين لمشتريين مختلفين ، فأيهما سبق إلى التسجيل كان هو
المفضل لأنه إذا سبق إلى تسجيل عقده انتقلت الملكية إليه لا فيما بينه وبين
البائع فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى الغير وهو المشتري الآخر الذى تأخر عنه
فى التسجيل . وينبنى على ذلك أنه إذا باع المالك عقاره لمشتريين ، وباع
المشتري العقار لمشتري ثانٍ وتمكن هذا من تسجيل عقده (٣) ، فإن الملكية
لا تنقل من المشتري الأول إلى المشتري الثانى ، لأن المشتري الأول نفسه لم تنقل
إليه الملكية من البائع ما دام لم يسجل عقده . فإذا باع البائع العقار لمشتري آخر ،

== بالنسبة إلى الغير . ولكن الأهمية العملية لتمييز ، عهد قانون التسجيل وقانون الشهر ، تعود
إلى الظهور لو قلنا إن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يستند بأثر رجعى إلى وقت البيع ،
أما بالنسبة إلى الغير فلا تنتقل الملكية إلا وقت التسجيل . وسنعود فيما يلى إلى هذه المسألة

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢٣٩

(٢) أنظر فى كل ذلك آتفاً فقرة ٢٣٩ .

(٣) نفرض من جيلنا أن المشتري الثانى يتمكن من تسجيل عقده ، لأنه فى الواقع لا يستطيع .
إذ هو مكلف حتى يستطيع تسجيل عقده أن يقدم سند ملكية البائع له (أى المشتري الأول)
مسجلاً ، وقد قدمنا أن المشتري الأول لم يسجل عقد شراؤه . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٣
من قانون الشهر على أنه « لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني
إلا ما أحكم المادة السابقة إلا : (١) المحررات التى سبق شهرها ... »

وسجل هذا المشتري الآخر عقده ، فان الملكية تنتقل من البائع ، وقد ظل مالكا للعقار لعدم تسجيل البيع الصادر منه للمشتري الأول ، إلى المشتري الآخر ، فيفضل هذا المشتري الآخر على المشتري الثاني الذي سجل عقده أولا . وكان الحق في عهد التقنين المدني السابق يختلف ، فكانت المادة ٧٤٦/٦١٩ من هذا التقنين تنص ، كما رأينا ، على أنه : في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها . فكان المشتري الثاني الذي سجل أولا تنتقل إليه الملكية إذ يكتفى بتسجيل عقده ، ومن ثم كان يفضل على المشتري الآخر الذي سجل عقده بعد تسجيل عقد المشتري الثاني (١) .

ففي بعد ذلك أن نبحث : أولا - في انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، متى تنتقل الملكية ، أنتقالا من وقت التسجيل أم تنتقل بأثر رجعي من وقت البيع ؟ ثانيا - في انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، هل يشترط حسن النية في المشتري الذي سجل عقده قبل المشتري الآخر ؟

٢٨٠ - أولا - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل للتسجيل

أثر رجعي : رأينا أن ملكية العقار المبيع فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بتسجيل البيع ، فاذا ما انتقلت بالتسجيل فهل هي من وقت التسجيل ، أو يستند انتقالها بأثر رجعي إلى وقت البيع فيعتبر المشتري بعد تسجيل العقد مالكا فيما بينه وبين البائع من وقت البيع ؟

الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء هو أنها تنتقل من وقت التسجيل ، فليس لا انتقالا بأثر رجعي يستند إلى وقت البيع ، وهذا هو الرأى الذى يؤيده ظاهر النصوص . غير أن هذا الرأى يعارضه رأى آخر يذهب إلى أن لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثرا رجعيا يستند إلى وقت البيع .

فنستعرض الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء ، ثم نستعرض الرأى الذى يعارضه .

(١) الأستاذان أحمد نجيب اهلل واحد في فترة ٢٧٥ من ٢٧٠ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٨٥ - الأستاذ عبد المنعم ايدروى فترة ٢٢٣ - الأستاذ منصور مدحت منصور ص ١٢٨ هامش ١ .

٣٨١ - الرأى الذى استقر عليه الفقه والقضاء - لمسى للتسجيل

أثر رجعى : يستند هذا الرأى ، وقد أخذت به الكثرة الغالبة من الفتهاء
فى مصر (١) : إلى نصوص القانون وإلى الغرض الذى توخاه المشرع من نظام
التسجيل الجديد وإلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فيستخلص من كل
ذلك الحجج الآتية :

أولاً - نصوص القانون جاءت مطلقة ، فهى تقرر فى وضوح أن عقد البيع
يجب شهره بطريق التسجيل ، وأنه يترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل
لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهذا قانون التسجيل تنص المادة
الأولى منه على أن « جميع العقود الصادرة بين الأحياء . . . والى من شأنها إنشاء
حق ملكية أو حق عيى عقارى آخر أو نقله . . . يجب إظهارها بواسطة تسجيلها . .
ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . . لا فيما
بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » . وهذا قانون تنظيم الشهر العقارى تنص
المادة التاسعة منه أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق
العينية العقارية الأصلية أو نقاء . . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على
عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة
إلى غيرهم » . فالنصوص إذن صريحة فى جعل المتعاقدين والغير فى مركز واحد
بالنسبة إلى انتقال الملكية . ولما كان الشك لا يتطرق فى أن انتقال الملكية بالنسبة
إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل من وقت هذا التسجيل ، كذلك يجب ألا يتطرق
الشك فى أن الملكية فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل .
ولم يقل المشرع فى أى نص من نصوص قانون التسجيل ولا فى أى نص من نصوص
قانون تنظيم الشهر العقارى إنه يفرق بين المتعاقدين والغير فى وقت انتقال الملكية .
وأنه يجعل انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أمراً رجعياً ، فلا يجوز مخالفة نصوص

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وسامد زكى فقرة ٢٧٠ - فترة ٢٧٢ - الأستاذ
أور سلطان فقرة ١٠٨٩ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٦٨ - الأستاذ عبد النجاش عبد الباقي
فقرة ٩٩ - الأستاذ عبد السمم البدراوى فقرة ٢٠٩ - الأستاذ منصور - صديق منصور
فترة ٧١ - الأستاذ اسماعيل غانم - ٨٩ - ص ٩٠ .

التشريع الواضحة في هذا الصدد . ولما أراد المشرع ، في أحد المواضع ، أن يجعل للتسجيل أثرأ رجعياً ، صرح بذلك في غير لبس . فنص قانون التسجيل ، في خصوص تسجيل الدعاوى ، في المادة الثانية عشرة منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤثر ضيق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » . ونص قانون تنظيم الشهر العقارى في هذا الصدد أيضاً ؛ في المادة السابعة عشرة منه ، على أنه « يترتب عن تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر ضيق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق هبنة ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » . فلو أراد المشرع أن يجعل للتسجيل أثرأ رجعياً . بما يتعلق بانتقال الملكية بين المتعاقدين . لما صكت عن ذلك ، ولنص عليه في الصراحة التي نص بها على الأثر الرجعى في خصوص الدعاوى .

ثانياً - ومما يقطع في أن نية المشرع في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقارى قد انصرفت إلى جعل أثر التسجيل واحداً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، فيستوى الجميع في كيفية انتقال الملكية وفي وقت انتقالها ، ما جاء في المذكرة الإيضاحية لكل من التشريعين . فقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل ما يأتى : « فيتعين مراعاة للمصلحة العامة ضمان شهر التصرفات العقارية بتقرير جزاء قانونى يكون أشد صرامة من مجرد عدم إمكان التمسك بهذه التصرفات في وجه غير المتعاقدين . فيتحتم إذن جعل التسجيل شرطاً أساسياً لانتقال الملكية والحقوق العينية بالنسبة للمتعاقدين ولغير المتعاقدين على السواء » (١) وورد في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (التاسعة) فهما مطابقتان لفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالى (قانون التسجيل) . ولم ير إجراء أى تعديل في نصوصهما ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل فقرة ٤ .

النقض والإبرام تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية انتشار إليها في هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تنفخ ولا تزول إلا . سجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعي . حب إلى تاريخ التصرف نفسه . كما أنها تقضى بأنه بمجرد انعقاد التصرف ارجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحته جميع الحقوق التي من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ، عدا انتقال الحق العيني فيتراخي هذا الانتقال حتى حصول التسجيل (١) .

ثالثاً - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين يتعارض مع الفرض الأساسي الذي توخاه المشرع بالتعديل الجوهرى الذى أدخله على نظام الشهر كما كان مقرراً في التقنين المدنى السابق . فقد قصد المشرع في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقارى أن يكون انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين كانتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، توطيداً لدعائم الملكية العقارية بجعل انتقالها حتى فيما بين المتعاقدين خاضعاً للشهر والعلانية ، فقبل ذلك لا تنتقل الملكية . وفي هذا استقرار لنظام انتقال هذه الملكية ، ودافع يحفز المتعاقدين إلى المبادرة بتسجيل عقودهم مادامت هذه العقود لا تنقل الملكية أصلاً حتى فيما بينهم قبل أن تسجل ، ولا تنتقل الملكية إلا من وقت التسجيل ، وذلك كله تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى في مصر . ولو قلنا إن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالتسجيل ولكن من وقت العقد ، لانتسعت أمام المشتري أسباب التراخي في تسجيل عقده ، ما دام موقناً أنه مهما أبطأ في هذا التسجيل فإن الملكية تنتقل إليه من وقت العقد بمجرد تسجيله ، فيستوى عنده إذن أن يسرع في التسجيل أو أن يبطئ ما دامت النتيجة واحدة في الحالتين .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى فقرة ١٧ - وتسمى المذكرة الإيضاحية في نفس الفقرة فتقول : « فحق عقد البيع مثلاً لمشتري العقار الحق في تسلمه وفي الحصول على ريعه وممراته طبقاً لأحكام هذا العقد قبل التسجيل . وكذلك لهذا المشتري الحق في معالجة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً حقيقياً ، فإذا انسحب أو تأخر جاز لمشتري أن يحصل في مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع ، فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلاً للتسجيل » .

رابعاً - إن القول بالأثر الرجمي للتسجيل فيما بين المدينين يعود بنا إلى جعل الملكية تنتقل في تاريخين مختلفين ، من وقت العقد فيما بين المتعاقدين ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وفي هذا شأنه أراد المشرع في كل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري تجنبه ، بالقضاء على التمييز بين المتعاقدين والغير وما يترتب على ذلك من وجوب تحديد من هو الغير تحديداً لا يتخلو من الإشكال والتعقيد .

خامساً - قد استقر قضاء محكمة النقض على أن ليس للتسجيل أثر رجمي في نقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، فلا تنتقل الملكية فيما بينهما إلا من وقت التسجيل لا قبل ذلك

فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع إنما قصد أن قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد . فليس التسجيل مشطاً شرطاً توقيفياً ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تاريخه ، ولذلك لا يعتبر المشتري مالكاً إلا من يوم تسجيل عقد شرائه . فإذا حصل دائن على اختصاصه بمقار اشتراه مدينه بمقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل ، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى المقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده ، إذ أن الاختصاص يكون في هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وبما أن منقول به الطاعة من أن تسجيل عقد البيع هو بمثابة شرط ترقيني لا انتقال الملكية إذا ما تحقق انسحب أثره إلى الماضي هو قول خاطيء ، فإن حقيقة ما رمى إليه الشارع من قانون التسجيل هو تأخير نقل الملكية ريثما يتم تسجيل عقد التصرف ، من غير أن يجعل ذلك التسجيل بمثابة شرط توقيفي لو وقع يكون له أثر رجمي يجعل التصرف ناقلاً للملكية من يوم تاريخه العرفي أو الثابت على صورة الالتزامات التوقيفية المنصوص عنها في المواد ١٠٥ وما يليها من القانون المدني (القديم) . لم يرم الشارع إلى غير ذلك ، وإلا لكان ذهب بمحكمة تشريع قانون التسجيل من وجوب حماية الغير من العقود والالتزامات التي لم تشهر بواسطة التسجيل . ولعل من أحد الأمثلة التي تتكشف بها هذه المحكمة ما هو مسلم به طراً من أن عقد الرهن العقاري الذي يعمه المشتري لعين قبل تسجيل عقد شرائه لإياها هو عقد باطل ، لأنه لم يصادف

عينا في ملك الراهن . وحق الاختصاص هو مثيل الرهن العقاري ، ويجب أن ينصب على ماهر في ملك المدين ملكاً واقعياً على مقتضى أحكام قانون التسجيل (١) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن استناد أثر الشرط إلى المسمى على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا ، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة في غير باب التعهدات والعقود ، وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعلها مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية ، لأن النوع من الشرط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضي . على أن انقول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منازة لمقصود الشارع في وضع قانون التسجيل . فالحكم الذي يقضى برفض دعوى الشفعة ، بناء على أن الشفع لم يكن مالكا للعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تاريخ تسجيل عند الشراء ، لا يكون مخالفاً للقانون في نفيه الأثر الرجعي للتسجيل . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي :

« وحيث أن استناد أثر الشرط إلى الماضي ، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين إذا بعلقان اتفاقهما على شرط — أى على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد — يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فتقدر أنهما لو كان على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التدبير أو الفرض القانوني قامت نظرية الأثر الرجعي للشرط ، ولا مبرر لها

في الشرائع التي أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدين . ففصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التي قررت الأثر الرجعي للشرط في باب التعهدات والتعهد ، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص في غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيق على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع - كشرط التسجيل لنقل الملكية - لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضي . وحيث أنه فضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل ، في حين أن واضع القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحمل المدين على المبادرة إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجح لإنشاؤه في المستقبل (١) .

(١) نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ .
وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصره ، ولا يرتد إلى تاريخ سابق عليه . فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر معطلاً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية ، حتى إذا ما تحققت الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل - ذلك غير صحيح ، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصح حيث يكون التعليل على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معيناً ورتب عليه أثراً قانونياً ، فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي . فإذا قضى الحكم بالشفعة على مجاورة أرض الشفع لأرض المشفوع فيها من حدين (القبل والشرق مثلاً) ، بمقولة أن تسجيل الشفع عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرقي يرتد أثره إلى تاريخ العقد ، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨) .
وقضت محكمة النقض كذلك بأن أثر التسجيل في نقل الملكية لا يترتب إلا على تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق عيني آخر ، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي . ولا يحتاج على ذلك بالمواد ٧ و ١٠ و ١٢ من قانون التسجيل ، لأنها إذا أجازت تسجيل صحائف الدعوى ورتبت على التأشير بمنطوق الحكم بسبب أثر الشفيع على تاريخ تسجيل الصحيفة ، إنما أجازته على سبيل الاستثناء لحماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار . وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه . وإن كان فإذا كان الحكم ، وهو في حدد المناضلة بين أي المالكين أرض الشفع أو أرض المشتري تعود =

٢٨٢ - الرأى المعارض - للتسجيل أثر رجعى فيما بين المتعاقدين

- **معلومات مبرئة :** ونحن نؤثر الرأى المعارض ، ونذهب إلى القول بأن الأثر الرجعى للتسجيل فيما بين المتعاقدين هو الذى يتفق مع طبيعة البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية .

ونقدم قبل إيراد الحجج التى نستند إليها بالملاحظات الآتية لجلاء الموقف :

الملاحظة الأولى - لا شك فى أن الملكية بالنسبة إلى الغير لا تنتقل إلا من وقت التسجيل ، وذلك يرجع إلى طبيعة التحويل والمهمة التى يقوم بها . فهذه المهمة هى إعلام الناس بوقوع تصرف قانونى ، فبدئى الأمر هذا التصرف فى حق الناس ممن يعينهم الأمر - وهؤلاء هم الغير - إلا من وقت انتمكس من العلم بالتصرف عن طريق التسجيل ، أى من وقت التسجيل (٢) .

والملاحظة الثانية - إن الاستناد إلى القول بأن التسجيل شرط واقف فى نقل ملكية فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعى للتسجيل استناد خاطئ . قد كانت محكمة النقض موفقة كل التوفيق عندما استظهرت أن الشرط الواقف لا يكون إلا فى منطقة الإرادة ، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر شرط وعس عليه حكما ، فإن هذا الحكم المشروط لا يوجد إلا عند تحقق

= عليه منفعة أكثر ، سقط اعتبار الشفعين . انكأ جزء من الأعيان التى يشفع بها على أساس أن تسجيل الحكم الصادر بصفة التعاقد فيها لاحق لعقد المشتري الذى تولد عنه حق الشفعة ، فانه لم يجرى فى تطبيق القانون (نقض مدنى ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مصرية . أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ - أنظر أيضا : نقض مدنى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩ - استئناف مخطئ ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ - عكس ذلك : محكمة الاسكندرية الوطنية استئناف ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٦٩ ص ١٨) .

(١) وقد أثرنا إلى تأييدنا لهذا الرأى فى كتابنا "الإيجار" فقرة ٤٨٠ . وأول من قال بهذا الرأى الأستاذ عبد الهلام ذهى (الأموال جزء ٢ فقرة ٦٢٧ - مقاله فى المصاماة ص ٦٠٦ - ٦٠٧) .

(٢) ويمكن القول إن الملكية تنتقل بالتسجيل من وقت العقد ، ولكن انتقال الملكية لا يسرى فى حق الغير إلا من وقت التسجيل . فانتقال الملكية يقع من وقت العقد إطلاقا ، ونترأخيه إلى وقت التسجيل فى حق الغير هو عدم نقله لا عدم انتقاله .

شرطه ومن وقت تحقق هذا الشرط ، لأن الأثر لا يسبق المؤثر ، وما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية لا ينسحب أثره إلى الماضي (١) .

والملاحظة الثالثة - إن الفرق بالأثر الرجعى لتسجيل فيما بين المتعاقدين ليست له أهمية كبيرة من الناحية العملية . إذ أن تقرير الأثر الرجعى وإنكار هذا الأثر لا يختلفان كثيراً من حيث الحلول العملية للمسائل التى تعرض لتطبيق كل من القولين . ولكن القول بالأثر الرجعى ، من ناحية الصناعة القانونية ، أكثر استساعة من إنكار هذا الأثر فى بعض المسائل ، وفى مسائل أخرى قليلة يكون دون غيره هو القول الحق وفى هذه المسائل وحدها تبرز أهميته العملية .

وبعد أن فرغنا من تجلية الموقف بهذه الملاحظات ، نأتى بأمثلة القول فيها بالأثر الرجعى هو أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية ، ثم نأتى بأمثلة أخرى يكون فيها هذا القول هو وحده القول الحق .

٢٨٣ - القول بالأثر الرجعى أكثر استساعة من ناحية الصناعة

القانونية : نسوق هنا مسائل يبين فيها أن تقرير الأثر الرجعى وإنكاره يستويان من ناحية النتائج العملية ، ولكن القول بالأثر الرجعى يكون أكثر استساعة من ناحية الصناعة القانونية :

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدنى على ما بأتى : « وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » . فالقانون ينص هنا على أن ثمر المبيع ونماؤه يكون من وقت تمام البيع - لا من وقت تمام التسجيل - للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع أيضاً . ويقول الفقه فى تفسير هذا الحكم إنه يرد إلى التزام البائع بالتسليم ، فهو ملزم بتسليم المبيع

(١) أنظر فى أن الشرط أمر خارج ، وفى أن الأثر الرجعى لتحقيق الشرط إنما يرجع إلى التنية المحتلة للمتعاقدين ، ولو أنهما كانا عند التعاقد يعرفان مال الشرط لما ملقا العقد عليه ولجلاء مقدراً بسيطاً منجزاً الوسيط جزء ٣ فقرة ١٥ - فقرة ١٦ وفقرة ٢٢ ص ٦٥ .

ملحقاته ، والنمر هو من ملحقات المبيع ، فيكون البائع ملزماً بتسليمه مع المبيع .
وفى هذا التعليل توسيع لفكرة « ملحقات المبيع » أكثر مما تحمله طبيعة الملحقات .
فلحقات الشيء ليست جزءاً منه بتولد عنه كالنمر والنماء . بل هو شيء مستقل
عنه أعد بصفة دائمة لاستعماله فيكون ملحقاً به . وقد حددت المادة ٤٣٢ مدنى
ملحقات المبيع على الوجه الآتى : « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل
ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء » ، وذلك طبقاً لما تقتضى به طبيعة الأشياء
« عرف الجهة وقصد المتعاقدين » . فتملك المشتري ثمر المبيع من وقت تمام البيع ،
على أساس أن هذا الثمر ملحق بالشيء المبيع فيكون واجب التسليم للمشتري ،
لا يستقيم من ناحية الصناعة القانونية (١) . وهو فى الوقت ذاته لا يفسر كيف
يكون على المشتري تكاليف المبيع من وقت تمام البيع ، وفكرة التسليم هنا
لادخل لها . والذي يستقيم ويكون أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية
أن نقول إن المشتري يصبح مالكا للمبيع من وقت تمام البيع بالنسبة إلى البائع ،
وباعتباره مالكا من هذا الوقت يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك (٢) ويكون
عليه تكاليفه . وهذا التاصيل يقتضى القول بالأثر الرجعى للتسجيل ، فإذا
سجل المشتري البيع انتقلت إليه ملكية المبيع بالتسجيل ، ولكن من وقت تمام
العقد ، فيصبح مالكا للثمر والنماء ، ويكون عليه التكاليف من هذا الوقت أيضاً .

(١) ولا يستقيم كذلك القول بأن ملكية النماء لا تتبع بالضرورة ملكية اثمار الذى يفلها ، كما
هو الأمر فى عقد الإيجار فإن المسأجر يملك الثمار دون العين ذاتها (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي
فقرة ٩٩ ص ١٥٩) . ذلك أن الثمار فى عقد الإيجار تملك بصفة أصلية والعقد واقع عليها
بالذات فملكها ، بخلاف ثمر المبيع فملكته تنتقل تبعاً لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري
ولا يقع البيع عليه بالذات .

(٢) ويبدو أن محكمة النقض تربط كسب ثمار المبيع بانتقال الملكية إلى المشتري ، لا بأن
الثمار من ملحقات المبيع . فقد قضت بأن عقد البيع لم يزل بعد قانون التسجيل من عقود
التراضى ، ولذلك يبقى البائع ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ، كما بين
المشتري ملزماً بأداء الثمن إلى غير ذلك من الالتزامات التى ترتبت بينهما على التقابل بمجرد
حصول البيع . كما أنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية بسببه ، أن يدعى
لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعى لنفسه . ومقتضى
ذلك أن يكون البائع ملزماً للمشتري بتسليم المبيع وبفلكه إن لم يتم بتسليمها فالحكم الذى لا يعطى
المشتري الحز و . ريع ثمر المبيع من المدة السابقة على تاريخ تسجيل عقد البيع يكون حكماً خاطئاً
متعيناً نقضه (نقض مدنى ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة محرراً رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠) .

(٢) إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه ، فمن ينكر الأثر الرجعي للتسجيل يعتبره قد تصرف فيما لا يملك ، حتى لو سجل عقد شرائه بعد التصرف . ومن يقر الأثر الرجعي يعتبره قد تصرف فيما يملك ، مادام قد سجل عقد شرائه بعد التصرف . والرأى الثاني يصل في نتيجة العملية إلى ما يصل إليه الرأى الأول ، وهو أكثر استنساغة من الناحية القانونية . وبين ذلك في عرض الآتي : اشترى عقاراً في أول يناير ولم يسجل عقد شرائه . وفي ١٥ يناير باع العقار إلى ب وسجل ب عقد شرائه في اليوم نفسه (١) . وفي ٣٠ يناير سجل عقد شرائه . فعلياً في هذا الفرض أن نوازن بين الرأى الذى ينكر الأثر الرجعي والرأى الذى يقر هذا الأثر . فعلى الرأى الأول يكون باع في ١٥ يناير إلى ب عقاراً غير مملوك له ، إذ كان يومذاك لم يسجل عند شرائه . ولما سجله في ٣٠ يناير ، أصبح مالكا من هذا التاريخ فقط لانعدام الأثر الرجعي . ولكنه ، بعد أن أصبح مالكا للعقار الذى باعه قبل أن يملكه ، يكون قد صحح البيع الذى صدر منه ، فأصبح ب مالكا للعقار ، ولكن من يوم ٣٠ يناير أى من اليوم الذى أصبح فيه البائع مالكا فانتقلت منه الملكية إلى ب . وعلى الرأى الثانى الذى يقر الأثر الرجعي ، يكون بتسجيله عقد شرائه في ٣٠ يناير قد أصبح مالكا للعقار بأثر رجعي يستند إلى أول يناير يوم تمام البيع ، ويكون في ١٥ يناير عندما باع العقار إلى ب قد باع ما يملك فانتقلت الملكية إلى ب في نفس اليوم بتسجيل ب عند شرائه . فعلى الرأىين إذن يصح عقد البيع الصادر من أ إلى ب ، وانتقل به الملكية من الأول إلى الثانى . ولكنه الملكية تنتقل إلى ب في ٣٠ يناير بحسب الرأى الذى ينكر الأثر الرجعي ، وانتقل

(١) كان ب يتمكن من تسجيل عقد شرائه قبل أن يسجل العقد . ثم صدر قرار وزارى في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ يقضى بعدم جواز تسجيل العقد إلا بعد تسجيل العقود الأسكنية السابقة التى تكون مؤرخة منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ والتى تكون واجبة التسجيل وفقاً لأحكام قانون التسجيل . وجاء قانون تنظيم الشهر العقارى مؤكداً لهذا الحكم ، فخصت المادة ٢٣ منه على أنه لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقاً لأحكام المادة السابقة إلا : (١) المحررات التى سبق شهرها . (٢) المحررات التى تتضمن تصرفاً منسباً إلى ما بعد ذلك . ثم قبل العمل بأحكام هذا القانون . (٣) المحررات التى ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو عثم لإنسان توفى . (٤) المحررات التى تمها تاريخاً سابقاً على سنة ١٩٢٤ إذا كان قد أخذ بها قبل العمل بأحكام هذا القانون في ممرات ثم شهرها أو نقل بتسجيلها . مقتضاها لمن صدرت لصالحه .

في ١٥ يناير أى في اليوم نفسه الذى صدق فيه البيع من ب بحسب الرأى الذى يقر
أثر الرجعى (١) .

(٣) إذا أحدث البائع بناء في الأرض المبيعة قبل أن يبيعها للمشتري عقد
شرائه ، ثم سجل المشتري العقد ، فلو أنكرنا الأثر الرجعى ولم تنتقل الملكية
إلى المشتري إلا من وقت التسجيل ، كان البائع بائناً في أرض يملكها وقت
أن يبنى . وإذا قلنا بالأثر الرجعى وانتقلت الملكية بالتسجيل من وقت بيع ،
كان البائع بائناً في أرض لا يملكها فيعامل معاملة بائى بسوء نية في أرض غيره .
وهذا الحل الثانى هو الذى اختاره القضاء لأنه هو الحل العادل ، ولكن القضاء
مع ذلك لم يؤسسه على فكرة الأثر الرجعى للتسجيل وكان تأسيسه على هذه
"كرة أكثر استماعة من الناحية القانونية . فقد دلت محكمة استئناف مصر :
" إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة في المبيع قبل التسليم فيعتبر كأنه
لم يبيع في غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن التسجيل
تنتقل الملكية من ب إلى بـ حصوله ، غير أن باقى التزامات الأخرى الناشئة من
البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التمهيد بالمبيع ، لأنها في الحقيقة التزامات
شخصية تأخذ حكمها . يوفى من وقت التمهيد . من حيث أنه من ضمن هذه
الالتزامات امتناع البائع بمجرد التمهيد عن كماله أو ينقص في المبيع - وهو
تزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو ررررر التمهيد المذكور . ومن حيث
أن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشتري دون مقابل ، لأن في ذلك إضرار من
غير مقابل يجرمه القانون المدني ، وعلى المشتري الذى يقبل المبيع بهذه الزيادة
أن يتبع القواعد التى رسمها القانون فيما يحد به بالغراس أو البناء في أرض
بـ (٢) . وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم ، فقضت بأن البائع ملزم
بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم قبل

(١) والأخذ بالأثر الرجعى هنا أكثر استماعة ، إذ هو يعود بالنفع على ب ومن يتعامل
معه دون أن يضر أحداً . فلو فرض أن ب رهن العقار في مدة ما بين ١٥ يناير و ٣٠ يناير ،
كان رهنه صحيحاً لأنه صادر من المالك بحسب الرأى الذى يقر الأثر الرجعى ، وكان بائناً وفقاً
للتقنين المدنى السابق لأنه صادر من غير مالك بحسب "أى الذى ينكر الأثر الرجعى .

(٢) استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٣ الم ١٣ رقم ٣٨ ص ٩٦ .

نقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة في هذا العقار (بناء) بينما المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في أن تعتبره المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل - كأنه أحدث تلك الزيادة في أرض مملوكة للبئره ، بفصل في أمرها قياساً على حالة من أحدث عرساً أو بناء في ملك غيره (١) . ولا شك في أن القول بالأثر الرجعي هنا أفضل ، من ناحية الصناعة القانونية ، من إنكاره الأثر . فأننا إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى في ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بالألا يحدث تغييراً في العين المبيعة وهو الطريق الذي احتارته محكمة النقض ، إلا إلى شيء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكن ليس هو بالذات . وكل مانصل إليه هو أن البائع قد أدخل بالتزامه في الألا بنى في الأرض المبيعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عيناً ، فهدم البناء وبأخذه أنقاصاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشتري إجباره على إبقاء البناء (٢) . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التي نشدتها محكمة النقض وهي اعتبار البائع بانياً بمسوية في أرض غيره ، وإجباره إذا شاء المشتري على إبقاء البناء

(١) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر رقم ٨١ ص ١٥٧ - وانظر أيضاً :

نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣٨ ص ٦٠١ .

(٢) ويخطو الأستاذ حلمي هجيت بدوي خطية أقرب إلى النتيجة التي وصلت إليها محكمة النقض ، ولكنه مع ذلك يسم بأن هناك فرقاً بين ما وصلت إليه محكمة النقض وبين ما يؤدي إليه التطبيق السليم للقواعد العامة ، فيقول : إن البائع ملزم بمقتضى عقد البيع بالألا يحدث تغييرات في العين . فإذا أحدث هذه التغييرات ، بأن أقام بناء في العقار المبيع ، فمشتري الحق في أن يطلب منه إزالته حل مصاريفه ، لا تطبيقاً للمادة ٦٥ مدني (تقديم) ، وإنما تطبيقاً لأحكام عقد البيع . وليست هذه الإزالة في مصلحة البائع لأنه سوف يتسلم البناء أنقاصاً ، وقد يكون من مصلحة المشتري استبقاء البناء . حل أن يتفق مع البائع على مقدار التعويض الواجب دفعه ، وهو في أي صورة لا يقل من قيمة البناء مستحق الهدم . فإذا امتنع البائع رغم ذلك وأصر على عدم البناء ، وقد يعتبر هذا الإسراء من جانبه تعنتاً وتعمداً في استعمال حقه في إزالة البناء . وفرق بين هذه النتيجة وبين الحكم بتثبيت ملكية المشتري على أساس الاتفاق على أن يفقد التعويض الواجب دفعه بعد ذلك ، (مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٥١)

في الأرض مقابل قيمته مستحق الهدم (١) .

والواقع من الأمر أننا نواجه في الأمثلة التي قدمناها الموقف الآتي : المشتري لم يسجل عقد شرائه ، وإنما قد حصل فعلاً على المزايا التي كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة البيع من هذا الوقت . ويستطيع أن يتصرف في المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبني في الأرض المباعة وإلا اعتبر بانياً في أرض غيره . وزيد أن نعال هذه المزايا . فبدلاً من تعليلها التعاليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشتري العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فداغ أن يحصل على المزايا المتقدمة (٢) ، نلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الإغراب في جميعها ظاهر .

على أن الأمر لا يقتصر على ذلك ، بل إن هناك أمثلة أخرى يكون فيها القول بالأثر الرجعي ، ليس فحسب القول الأكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق ، وننتقل إلى بيان ذلك .

٢٨٤ - القول بالأثر الرجعي هو ومرة القول المحي : ونسوق في هذا الصدد الأمثلة الآتية :

(١) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد

(١) وإذا فرضنا أن المشتري هو الذي أقام البناء على الأرض المباعة بعد أن تسلّمها وقبل أن يسجل ، وسبقه إلى التسجيل مشتري آخر انتقلت إليه ملكية الأرض بالتسجيل ، فالواجب في هذه الحالة معاملة المشتري الأول معاملة الباقي في أرض غيره وهو حسن النية ، لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يعتدي على حق لأحد وإن كان يعلم أن الأرض لم تصبح بعد مملوكة له فهو في الواقع من الأمر - وإن كان قبل التسجيل لم يصبح مالكا - يحق له أن يتصرف في المبيع ، بالنسبة إلى البائع ، كما لو كان مالكا .

(٢) ونسوق هنا بعضاً من توضيح القاعدة التي تقضي بتحميل ثبوت الهلاك للمشتري بعد القبض ولوقبل التسجيل ، فالأمر - وإن كان قبل التسجيل لم يصبح مالكا - في هذه الحالة لأنه لم يسجل العقد ، ومع ذلك يتحمل ثبوت هلاكه لأنه يكون بالنسبة إلى البائع في حكم المالك .

شرائه حتى شهر إفلاس البائع ، ثم - (١) . فإذا قلنا بالأثر الرجعى ، اعتبر المشتري مالكا من وقت البيع ، وجاز له أخذ العقار المبيع من التفليسة دون أن يزاحمه الدائنون . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، فإن التسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه أو بعد شهر الإفلاس ، فلا تنتقل ، ويبقى المشتري دائماً شخصياً يزاحمه سائر دائنى البائع المفلس فى ثمن العقار المبيع . ولا نتردد فى إثبات الحل الأول ، إذا ثبت أن البيع الذى صدر قبل الإفلاس هو بيع صحيح لاشابة فيه من تواطؤ أو غش .

ومثل الافلاس الإعسار ، فإذا صدر البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (٢) ، وسجل بعد تسجيلها ، كان للتسجيل أثر رجعى واعتبر المشتري مالكا قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فله أن يأخذ العقار المبيع ولا يزاحمه فيه الدائنون .

وكان الأمر كذلك ، قبل تقنين المرافعات الجديد ، فى مشتري العقار من المدين قبل تسجيل الدائن تنبيه نزع الملكية . فإذا اشترى شخص العقار من مدين قبل أن يسجل الدائن تنبيه نزع الملكية على هذا العقار ، ثم سجل المشتري عقد شرائه ، اعتبر مالكا من وقت البيع أى قبل تنبيه نزع الملكية ، فيخلص العقار للمشتري ولا يجوز للدائن السبر فى إجراءات التنفيذ (٣) . ولكن تقنين المرافعات الجديد أتى بنص خاص فى هذه المسألة جعل الدائن العادى معتبراً من الغير منذ

(١) ليس فى التقنين التجارى ما يمنع المشتري من التسجيل بعد شهر إفلاس البائع ، والمنوع هو قيد حقوق الامتياز والرمز (م ٢٣١ تجارى) . ومع ذلك قارن نقض مدنى ٢٠ سنة ١٩٣٥ مجموعة محرر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٨ .

(٢) أنظر م ٢٥٧ مدنى .

(٣) وقد قدست محكمة النقض بأن تسجيل التنبيه بنزع الملكية لا يذىء لدائن العادى نازع الملكية حقاً عينياً على المقاييمز له التمسك بعدم تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التنبيه ، وكل ما فى الأمر أن يصبح فى هذه من الغير مدين لا يمتنع عليهم بالعمود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتاً قبل تاريخ تسجيل التنبيه : أنظر نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة محرر ١ رقم ٩٢ ص ١٦٥ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة محرر ١ رقم ٣٠٩ ص ٣٨٨ - الأستاذ عبد الحميد أبو حنيفة فى التنفيذ فقرة ٧٠٢ - أنظر مكرس ذلك الأستاذ محمد حامد فهمى فى التنفيذ فقرة ٣٨٦ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٠٩ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ .

تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فلا يسرى عليه البيع الصادر من المدين إذا كان هذا البيع قد سجل بعد تسجيل التنبيه (١) .

(٢) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد شرائه حتى مات البائع ، ثم سجل ، وكانت تركة البائع معسرة . فإذا قلنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، اعتبر المشتري مالِكاً من وقت البيع ، وخلص له العقار المبيع دون أن يزاحمه فيه دائنو التركة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فالتسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه ، ولما كانت التركة معسرة امتنع انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري وزاحمه في ثمنه دائنو التركة (٢)

(٣) نفرض أن بيع العقار وقع في أول يناير ، ورهن المشتري العقار رهناً رسمياً في ١٥ يناير قبل أن يسجل عقد شرائه وقيد الدائن المرتهن الرهن في اليوم ذاته ، ثم سجل المشتري البيع في ٣٠ يناير . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، وجب القول بأن المشتري عندما سجل في ٣٠ يناير قد أصبح مالِكاً للعقار منذ أول يناير وقت تمام البيع . فيكون وقت أن رهن العقار في ١٥ يناير قد رهن عقاراً مملوكاً له ، ويكون الرهن صحيحاً ويأخذ مرتبته من يوم قيده أى من يوم ١٥ يناير . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي للتسجيل ، فقد وجب القول بأن المشتري لم يصبح مالِكاً للعقار إلا يوم ٣٠ يناير وقت إحراء التسجيل ، فيكون وقت أن

(١) وهذا النص هو المادة ٦١٦ سرافعات ، وتجري الفقرة الأولى منها على الوجه الآتي :
« لا ينفذ تصرف المدين أو الخائن في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ ولا الراسي عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » . أنظر الأستاذ رمزي سيف في التنفيذ طبعة الثالثة
فقرة ٣٨٣ ص ٣٣٣ .

(٢) وفي الفرض الذي يموت فيه البائع عن تركة موسرة قبل أن يسجل المشتري ، ثم يسجل ، نؤثر القول بأن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة الورثة - وليس من الغير - من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل . وهذا القول أكثر امتناعاً من القول بأن الالتزام ينقل الملكية إلى التركة أو ينتقل إلى الورثة . فبقاء الالتزام بنقل الملكية في التركة تفضله فكرة الأثر الرجعي ، وانتقال الالتزام إلى الورثة لا يفتن مع مبادئ الفقه الإسلامي التي تقضي بأن الورثة لا تنتقل إليهم الديون .

رهن العقار في ١٥ يناير غير مالك له . وعند نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ مدني على أنه : إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الرهن الذي يصيب فيه هذا المزار مملوكاً للراهن ويترتب على ذلك أن الرهن في المن الذي قدمناه لا يترتب على العقار إلا يوم ٣٠ يناير وهو اليوم الذي أصبح فيه المملوكاً للمشتري الراهن ، وبأخذ مرتبته يوم ٣٠ يناير لا يوم ١٥ يناير كما هو الأمر لو أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل ويترتب على هذا الفرق النتيجة العملية الآتية : لو أن المشتري قبل أن يسجل عقده رهن العقار مرة ثانية وقيد الدائن المرتهن عقده في ٢٠ يناير ، فإن اعتبرنا أن الرهن الأول يأخذ مرتبته في ١٥ يناير وفقاً للقول بالأثر الرجعي ، لأخذ الرهن الثاني مرتبته في ٢٠ يناير وتأخر عن الرهن الأول . أما لو أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن الرهن الثاني يأخذ مرتبته في ٣٠ يناير كالم رهن الأول ، ويتعادل الرهان فلا يفضل أحدهما على الآخر . ونحن نؤثر الأثر الرجعي بالأثر الرجعي لأنه أكثر انطباقاً على طابع العلاقات القانونية التي نحن بصدد معالجتها .

(٤) نفرض مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقده وتوافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أخذنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشتري مالِكاً للعقار المشفوع به قبل بيعه العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي - وبهذا ما ذهبنا إليه محكمة النقض (٢) - فإن المشتري لا يعتبر مالِكاً للعقار المشفوع به (المادة ٢٤٠٠ مدني).

(١) قارن محكمة النقض في ٩ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦١ من ١٩٣٧ ، حيث لم تأخذ بهذا الرأي ، وأعطت حق الاستعانة به على مقدار الخافق قبل أن يحسن المأثر من عقد شرائه ، ثم سئل المشتري العتة بمسألة وتصوره ، والعقل ، حاملاً الشكك بما التصرف به الأخير . ولم تعتمد بحق الاستعانة به . مع أن المشتري من المشتري كان يستطيع أن يكون من علم بحق الاستعانة من المفيد لولا خطأ أتم الكتاب . - أسير أيضاً في المني الذي نصت به محكمة النقض بحكمة الاستئناف المخطئة في ، مايو سنة ١٩٣٩ - ١٨ - من ٢٠٤١ .

(٢) في حكمها الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٤ رقم ١١١ من ٢٠٤١ - وانظر أيضاً : نقض هذا ٧ ديسمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ من ٤٦٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٤ من ١٤٤ - ٨ يوليو سنة ١٩٤١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ من ٣٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة أحكام النقض ، رقم ٨٢ من ٤٢٠ .

المعار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى ، وإعطاء المشتري الحق فى الأخذ بالشفعة .
ولو قلنا بالرأى الذى ذهب إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفيع
يكون فى هذه الحالة هو المالك السابق الذى باع للمشتري المعار المشفوع به ،
فقد كان مالكا لهذا المعار وقت بيع المعار المشفوع فيه (١) . ولا شك فى أنه بين
المالكين المتعاقبين - البائع للمعار المشفوع به والمشتري إياه - المشتري هو
الباقى مجاورا للمعار وهو الأول بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قبل إن الشفعة فى
هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق تهرره القانون ونهيات
الأسباب لكسبه .

(٥) نفرض أن شخصا باع داراً ، وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه
بالبائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشتري . فإذا أخذنا بالأثر الرجعى
للتسجيل لكانت ملكية الدار منتقلة إلى المشتري قبل صدور عقد الإيجار ،
فلا يسرى الإيجار فى حق المشتري تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدنى التى
تجرى على الوجه الآتى : وإذا انتقلت ملكية العين المزجزة اختياراً أو جبراً
إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له
تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية . أما إذا أنكرنا الأثر
الرجعى ، فإن ملكية الدار لا تنتقل إلى المشتري إلا وقت إجراء التسجيل أى
فى وقت تال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار فى حق المشتري .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى هذا ، فلا بد أن الإيجار فى المثل المتقدم سارياً
فى حق المشتري ، وهذا هو الرأى الذى أخذنا به فى عهد التقنين المدنى للسابق (٢) .

(١) وقد قيل بهذا فعلا (انظر الأستاذ عمر أبوشادى فى شهر المحرق العقارية ص ١٤٦) .
(٢) عقد الإيجار المنوّل بفقرة ٤٨٠ - وكانت المادة ٣٨٩/٤٧٤ من التقنين المدنى
تجعل البيع السابق - لا نقل الملكية - هو الذى يفسخ عقد الإيجار . وقد كتبنا إذا ذاك ما يأتى :
ولا نرى أن قانون التسجيل الحديث . أثر فى الأحكام المتقدمة ، فلا يزال البيع غير المسجل
يفسخ الإيجار . يمكن عقد الإيجار سابقاً عليه فى التاريخ ، فإن البيع غير المسجل يفسخ
بنتج كل آثاره عدا نقل الملكية . وعلى ذلك يجوز لمشتري قبل أن يسجل عقده أن يطلب
المستأجر إخلاء العين بعد التنبيه عليه بذلك فى الميعاد القانونى . وعلى كل حال فإن المشتري =

٢٨٥ - القول بالأثر الرجعى هو الذى يبنى مع الفراض العامة :

والآن بعد أن استعرضنا أمثلة يستساغ فيها من ناحية الصناعة القانونية إقرار الأثر الرجعى أكثر مما يستساغ إنكاره ، وأمثلة أخرى يبدو فيها أن القول بالأثر الرجعى هو وحده القول الحق ، يبنى أن نبين لماذا يستعصى إنكار الأثر الرجعى على كثير من المسائل ، ولماذا يفضل إقرار الأثر الرجعى فى مسائل أخرى .

قد يكون المشرع لم يفكر فى الأثر الرجعى للتسجيل بنائاً ، بل قد يبدو أنه قصد المساواة بين الغير والمتعاقدين فى انعدام الأثر الرجعى ، ويتبين ذلك من المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى . ولكن المبادئ العامة للقانون تأبى إلا أن يكون للتسجيل فى نظام الشهر الشخصى أثر رجعى فيما بين المتعاقدين .

ذلك أن التسجيل له مهمة لا يجوز أن يتخطاها ، فهذا تقضى عليه طبيعته . ومهمته فى نظام الشهر الشخصى تختلف عن مهمته فى نظام الشهر العيى . مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد فى هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمته فى نظام الشهر العيى فهى نقل الحق ، إذ التسجيل فى نظام السجل العقارى وليس العقد هو الذى ينقل الحق (١)

= إذا قام بتسجيل عقده ، انتقلت إليه ملكية العين بأثر رجعى من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل بالنسبة للبائع ودائيه الشخصين ومنه المستأجر ، فيعتبر المشتري مالكا من وقت البيع أى من وقت لم يثبت أن تاريخ الإيجار سابق عليه ، فيفسخ الإيجار حتى مع التحليم بأن نقل ملكية العين المؤجرة لا البيع ذاته هو الذى يفسخ عقد الإيجار . (عقد الإيجار المدوّن فقرة ٤٨٠) . والآن بعد أن جعل التفتين المدق الجديد نقل ملكية العين المؤجرة هو الذى يفسخ الإيجار اللاحق ، فلا يزال ما قلناه فى هذا الصدد صحيحا .

ويمكن القول أيضاً ، فى عهد قانون الإصلاح الزراعى ، إنه لو باع شخص آخر أرضا زراعية بعقد ثابت التاريخ ، قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشتري من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعده . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج الهامة ، يضيف المذم هنا عن بحثها .

(١) والتسجيل فى نظم السجل العقارى يتم بموجب عقد مجرد (acte abstrait) ، غير عقد البيع . فعند البيع ينشأ التزاماً بنقل الملكية ، والعقد المجرد أى التسجيل هو الذى ينفذها تنفيذاً لهذا الالتزام . (م ٣٤ - الوسيط - ٤)

فيجب إذن ، في نظام الشهر الشخصي ، أن يؤدي كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة . فينقل العقد الملكية ، إذ هو السبب في نفاها . ولا يترأخى المسبب عن السبب إلا لما منع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من أعمال السبب في الحال ، والتسجيل ليس بمانع ، فمهمته كما قدمنا لإعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فيها اللذان باشراه . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من أعمال السبب في الحال ، فوجب أن يترأخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهي إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، في نظام شهر شخصي أن يترأخى أحد من الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، وإلا انتقلنا إلى نظام الشهر العيني في ناحية منه دون أن نحتاج للنواحي الأخرى .

ولكن المشرع ، في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطرة أراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا العقد هو الذي ينقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو الذي ينقل الملكية ، وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فعنى ذلك أن التسجيل هو الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع (١) ، ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني (٢) .

(١) أو إذا نقل البيع الملكية فلا بد أن يكون مسجلاً ، ومن ثم يصبح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل ، وهذه نظرية قد هجرت منذ عهد بعيد كما سبق القول .
(٢) والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام الشهر الشخصي . فادعنا في هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فإن هذه القاعدة المستحدثة لا تترتب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يتعرض له المشتري المتقاعد عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف منع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقده ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قاعدة انتقالها بالتسجيل في حق الغير . =

أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو السبب القانوني في نقل الملكية (١) ، فلا من أعمال البيع وإنتاج أثره في الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغي أن ينقلها في الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضى إعلام الغير بالبيع وهذه هي مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ

== أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته العملية حقاً إلا في نظام الشهر العيني حيث التسجيل ذاته هو الذي ينقل الملكية ، فيجب أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

ويؤيد ما نقول أن الناس لم يتبادر إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره . ويقول الأستاذ أنور سلطان (ص ١٩١) : « وعلاجاً من الحالة أصدر المشرع عدة تشريعات لجأ فيها إلى طرق مختلفة لحمل الناس على تسجيل عقودهم » . ويقول الدكتور محمود شوقي في كتاب الشهر المتعارفين علماً وعملًا (ص ٣٩ - ص ٤٠) : « ولقد حاول الشارع منذ سنة ١٩٤٢ أن يعالج كل نقص بعد قانون سنة ١٩٢٣ ، وذلك بقوانين وقرارات مختلفة أهمها : (١) المرسوم بقانون الصادر في أول نوفمبر سنة ١٩٢٥ بتخفيض الرسم النسبي المخصص على تسجيل بعض العقود ، وذلك بحمله ٣ ونصف في المائة بدلاً من ٥٪ . وقد قصد المشرع بذلك إلى تشجيع جمهور المتعاقدين على إجراء الشهر نظراً لما لاحظته من قلة الإقبال عليه رغم شدة الجزاء المترتب على ذلك الإهمال . (٢) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ والذي يقضى بتسجيل العقود المتتالية ... (٣) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ المنفذ بالقرار الصادر في ١٣ يوليو سنة ١٩٢٨ والمتمم بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ وكلها تتضمن : (أولاً) وجوب تحصيل رسم التسجيل عند التوثيق أو التصديق على التوقيع . (ثانياً) منع الحاكم من إثبات تاريخ المهررات التي أوجب القانون شهرها .. (ثالثاً) تنظيم الرقابة المفروضة على البيانات التي يجب أن تشتمل عليها العقود واجبة الشهر . (٤) القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ الذي حرم ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٣ قبول تسجيل العقود التي تستند إلى ثبوت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ على وجود إضفاء أثر ختم لإنسان ترقى ، نظراً لما لوحظ من شيوع التزوير . (٥) القرار الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ الذي يقضى بعدم قبول العقود العرفية التي لم يثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ كأصل للملكية في المهررات الرضائية المقدمة للشهر إلا إذا كانت هذه العقود قد سبق أن تقدمت في مهررات تم شهرها » .

(١) وتقول محكمة النقض إن الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ، وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصل أساسي وهو العقد الصحيح الناقض للملكية ، وثانيهما تبعي وهو التسجيل . وإذا فاقم العقد الصوري المبنية على الفسخ والتدليس لا يصحها التسجيل ، (نقض مدني ٣ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة مهر رقم ٦٨ ص ١٨٣) .

... من أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل - في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطاوعة للنص . ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل ، مطاوعة للمبادئ العامة ، ولطبيعة البيع الذي لا يزال هو السبب في نقل الملكية ، ولمهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لا تزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولا شأن لها في العلاقة ما بين المتعاقدين (١) . مثل ذلك مثل البيع مع خيار التعيين ، ففي هذا البيع التزم البائع أن ينقل ملكية أحد شيئين يختاره المشتري ، فوجب

(١) ويقرب الأستاذ جميل الشرفاوي كثيراً من هذا الرأي عند ما يذهب إلى أن التسجيل في البيع يتصل بالسند لا بالتصرف ذاته ، وأثره منحصر في منع السند قوة إثبات الحق قبل الغير : وتختلفه يؤدي إلى سلب السند هذه القوة ، أما التصرف نفسه فلا يتأثر بعدم التسجيل من حيث إنتاجه جميع آثاره فيما بين المتعاقدين ومنها نقل الملكية . ويقول في هذا الصدد : « وما دنا فلم بنام الاتفاق على البيع وصحة التصرفات المكونة له قبل إتمام التسجيل ، فمضى هذا أن تقترب آثار التصرف التي يتم بها البيع ، بمعنى أنه يذاع على عائق المشتري التزم بالتزم وعلى البائع التزم بالتسليم والتزام بالضمان ، ضمان فعله وفعله الغير . ولذا فإن تنفيذ هذه الالتزامات من جانب المشتري بالرفاء بالتزم ومن جانب البائع بالتسليم بقاء صحيح لالتزامات قائمة ، ولا يستطیع البائع أن يطالب برد حيازة المبيع بحجة أن الملكية لم تنتقل لأن تسجيل العقد لم يتم . ومن هذا يبدو أنه لا مناص من التسليم بأن الملكية تنتقل بين البائع والمشتري بمجرد التراضي ، ذلك أن نعر القانون على صورته الحالية لا يمكنه أن يمنع انتقال كل ميزات حق الملكية للمشتري في مواجهة البائع ... وأحكام لجنة النقض المصروفة تفترض في قضائها انتقال الملكية رغم عدم تسجيل ، ولعلها تعبر عن ذلك في قولها .. إن المشتري متصرف إليه ، أي مشتري وليس دائماً هادياً ، أي أنه يقتضي من البائع كل التزاماته . ويظهر هذا الاتجاه بصورة أكثر جديده - لأنه يتعلق بترتيب نتائج على هذا الافتراض - في قضائها السابق على هذا الحكم بأن البائع إذا بنى في عقار داعم بمقد غير مسجل فهو بان في ملك غيره ... ولذا فالتساؤل عن معنى عدم انتقال الملكية بين البائع والمشتري إلا بالتسجيل ، ما دام المشتري يحصل على كل ميزات حق الملكية في مواجهة البائع . ويبدو أن واضعي هذا الحكم لم يفكروا كثيراً في معناه من هذه الناحية ، وإنما كان قصدهم بوضعه على هذه الصورة إظهار قصد المشرع إلى التشدد في طلب التسجيل ، لما لوحظ من إهمال المصيرين القيام بإجراءات التسجيل » (الأستاذ جميل الشرفاوي في رسالته في نظرية بطلان التصرف القانوني ص ١٥٦ هامش رقم ١ - وانظر أيضاً كتابه في البيع ص ١٦٤ وهامش رقم ١ من هذه الصفحة) .

التربص حتى يتم إجراء الاختيار، وهو إجراء يقابل إجراء التسجيل في بيع العقار، فإذا ما تم انتقلت الملكية إلى المشتري ولكن من وقت البيع لا من وقت إعمال الخيار (١).

وإذا كان المشرع قد قصد أن يبحث للناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم،

(١) ولا يفترض على هذا التفسير بأن التسجيل إجراء قانوني وليس شرطاً واقعاً يرجع إلى الإرادة، بينما خيار المشتري شرط واقف، يرجع إلى الإرادة. فقد بينا في الجزء الثالث من الوسيط أنه لا يجوز أن يكيف الخيارات في الالتزام التخييري بأنه شرط واقف، وقلنا في هذا الصدد ما يأتي: «ولا يجوز أن يكيف الالتزام التخييري بأن كلام من محاله المنعقدة واجب الأداء مطلقاً على شرط اختيار، وقد كان بعض الفقهاء الذين يذهبون إلى ذلك. ذلك أن الالتزام المعلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول، أما الاختيار في الالتزام التخييري - اختيار على ما - فهو أمر محقق لا بد من حصوله. وإذا هو لم يحصل من له حق الاختيار بالذات، فإنه لا بد حاصل من أقامه القانون مقامه: القاضي في حالة ما إذا كان الخيار للمدين، والمدين في حالة ما إذا كان الخيار للدائن» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٨٩). وقلنا في مكان آخر: «وأما كان الشخص الذي يثبت له حق الخيار، فإنه متى أحل حقه واختار المهل الواجب الأداء على النحو الذي قدّمناه، صار هذا المهل وحده هو محل الالتزام.. ويستند هذا التمييز بأثر رجعي إلى الماضي.. وليس هذا الاستناد إلى الماضي يرجع إلى أن المهل المعين كان محلاً للالتزام معلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار، فقد قلنا أن الالتزام التخييري ليس بالالتزام شرطى. وإنما يرجع الاستناد إلى أن المهل الذي عين كان منذ البداية محلاً للالتزام، إلا أن هذه الأهلية كانت شائعة بينه وبين الماهل الأول، فبتمييزه تركّزت الأهلية فيه.. ويتربص على هذا الأمر الرجعى... (٢) إذا كانت محال الالتزام التخييري نقل ملكية أشياء متعددة، ووقع الاختيار على شيء واحد من هذه الأشياء، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كافي المنقول المعين بالذات، فإن ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ إعمال حق الخيار، ويصير الدائن مالكاً لشيء منذ البداية» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٩٧).

ولا يقاس دور التسجيل بدور الإفراز في نقل ملكية الشيء غير المعين إلا بالنوع، فيقال كما أن الإفراز ينقل الملكية من وقت تمامه لا من وقت البيع فكذلك التسجيل (أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم الهمداني في فقرة ٢٠٧ ص ٣١٤ - ص ٣١٥). ذلك أن التسجيل إنما يكون في عقار معين بالذات، فلم تستعص طبيعته على أن يكون نقل الملكية فيه بين المتعاقدين من وقت العقد، وهذا ما تقرر في خيار التعيين حيث كل من التبيين معين بالذات. أما في الإفراز فالتعيين غير معين بالنوع، فطبيعته تستعصى على أن تنتقل ملكيته إلا من وقت التعيين، إذ الملكية لا تنتقل إلا في شيء معين بالذات.

ونرى من ذلك أن المشتري غير المسجل ليس بمجرد دائن عادي، بل تسميه محكمة النقض المشتري أو المنصرف إليه. ويصف القضاء المختلط حق هذا المشتري بأنه «حق مضاف إلى العقار (jus ad rem)، تمييزاً له عن محضر الحق الشخصي (jus in personam)، وتقريباً له من الحق المعين (jus in rem)».

فمن على وجوب التسجيل لانقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، فإن الواجب إعمال النص ، ولكن يجب في الوقت ذاته التوفيق بينه وبين النظام القانوني في مسرع . ولا يتم للمشرع قصده كاملاً إلا إذا انتقل إلى نظام الشهر العيني ، فأدخل السجل العقارى . وعندئذ يكون التسجيل لا البيع هو الذى ينقل الملكية ، ولا تنتقل إلا من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

كل هذه الاعتبارات قد واجهت الفقه والقضاء فى مصر ، فأحسا وجوب التسجيل بالنص ، وهذا حق . ولكنها كانتا مدركين أن البيع ظل على طبيعته من غير التراضى ، ولم يصبح عقداً شكلياً يتم بالتسجيل (١) . واقتضى هذا أن يرتب على البيع جميع آثاره ومنها نقل الملكية ، ما لم يحل دون ذلك طبيعة التسجيل ومهمته . فواجه الفقه والقضاء المسائل التى لا يقوم فيها هذا الحائل ، التى يتعين فيها القول بأن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، فى بعضها وصل إلى هذه النتيجة ، ولكنها التمساً للرصول إليها طرقاً أخرى استمداها من طبيعة البيع ذاتها ، وكان فى وسعها ما دام قد ساراً طبيعة البيع أن يلتزمها إلى النهاية ، وأن يقولوا بأن البيع هو الذى ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين فوجب أن ينقلها من وقت تمامه لا من وقت إجراء التسجيل . وفى مسائل أخرى اضطرب الأمر ، وغلب ظاهر النص على طبيعة الروابط القانونية ، فانجبه الفقه والقضاء اتجاهات متعارضة مع طبيعة البيع ومع مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى .

٢٨٦ - القول بالأثر الرجعى لا يتعارض مع نصوى القانون :
ولا يقتصر القول بالأثر الرجعى على أنه هو القول الذى يتفق مع القواعد العامة

(١) أنظر مثلاً ما قال الأستاذ جميل الشرقاوى : « ونحن نعتقد أن مبادئ فكرة الأثر الرجعى للتسجيل يجب أن تكون هذه المكرة من إحساس بمثل ما جعلنا نقول إن العقد غير المسجل ينقل فى الواقع الملكية إلى المشتري فى العلاقة بينه وبين البائع . والدليل على ذلك أنهم يربطون بها تفسير حق المشتري فى الثمار وتحريم البناء أو الفراس فى العقار المبيع على البائع ، وهى أحكام لا تبرر فى الحقيقة إلا مع التسليم بالملكية للمشتري » (الأستاذ جميل الشرقاوى فى البيع ص ١٦٩ حاشى رقم ٢) .

على النحو الذى بسطناه ، بل هو لا يتعارض مع بنصوص القانون ، فليس فى هذه النصوص نص يمنع من الأخذ به .

فالمادة الأولى من قانون التسجيل تنص على أن جميع العقود اصادرة بين الأحياء . . . والناتية من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب إظهارها بواسطة تسجيلها . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . . . فالنص يوجب تسجيل عند البيع ، ويترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيها بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ماورد فى النص صراحة أو دلالة . ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا سجل البيع . فوجب أن نرجع فى ذلك إلى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى ، وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون التسجيل . فهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فإدامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك .

وبالرغم من أن الرأى الذى نقول به كان قائماً فى الفقه وقت صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فإن هذا القانون قد صدر وهو لا يكاد يختلف فى صياغته عن قانون التسجيل ، وليس فى نصوصه ما يتعارض مع القول بالأثر الرجعى . فقد نصت المادة التاسعة منه على أن جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . .

ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه وفى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر

العقارى . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا الصدد الصدد ما يأتى : « أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد (١) .

٢٨٧ - ثانيا - نقل الملكية بالنسبة الى الغير - هل يشترط

مصر النسبة فى المشترى الذى سجل عقده أولا - فقرة عامة : قدما أن انتقال الملكية بالنسبة الى الغير يكون بالتسجيل ومن وقت إجراء التسجيل . فلو اشترى شخصاً باع عقاراً مملوكاً له لمشتري ثم باع نفس العقار لمشتري ثان ، وسجل المشتري الثانى قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثانى يعتبر المشترى الأول من الغير (٢) ومن ثم لا تنتقل إليه الملكية إلا من وقت تسجيل عقده .^١ كان المشتري الثانى قد سجل عقده أولا فقد انتقلت إليه الملكية ، فلا يمكن بعد ذلك أن تنتقل إلى المشتري الأول حتى لو سجل عقده بعد ذلك ، ولهذا يفضل المشتري الثانى فى هذه الحالة على المشتري الأول . ورمى من ذلك أنه إذا اشترى شخصان متعاقبان عقاراً واحداً من مالكه ، كان أسبقهما تسجيلاً هو المفضل ، فلا يسرى فى حقه البيع المتأخر فى التسجيل ولو كان هذا البيع أسبق فى التاريخ الثابت (٣) .

وبخلص من ذلك أن المشتري لعقار إذا بادر إلى تسجيل عقد شرائه فلم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٤١ .

(٢) وقد قدما عند الكلام فى التقنين المدنى السابق كيف يكون تحديد الغير فى التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩) .

(٣) ويشترط فى التفصيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فإذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولو لم يسجل على تصرف من غير المالك ولو سجل ، ولكن المشتري من غير المالك يملك بالتقدم الخمسى إذا كان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صورى ، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولو سجل بعد ذلك .

يسبقه أحد ، تنتقل إليه الملكية ، حتى بالنسبة إلى شخص اشترى نفس العقار قبله . فهل هذه القاعدة مطلقة ، أو هي مقيدة بحسن نية المشتري الذى سجل أولاً ؟ يمكن أن نتصور فى هذه المسألة حلولاً ثلاثة :

(الحل الأول) أن يشترط فى صحة التسجيل أن يكون المشتري حسن النية ، فلا يكون وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق . فإذا كان عالماً به لم يكن حسن النية ، ومن ثم لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده أولاً .

(والحل الثانى) ألا يشترط حسن النية فى التسجيل ، وبكفى اشتراط عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذى سبق إلى تسجيل سنده حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، ما دام غير متواطئ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول الذى تأخر فى تسجيل سنده . أما إذا كان متواطئاً مع البائع ، فإنه لا يستطيع التمسك بتسجيل سنده . وهذا الحل يجعل للتسجيل قوة أكبر من القوة التى يجعلها له الحل الأول .

(والحل الثالث) ألا يشترط فى صحة التسجيل لاحسن النية ولا عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذى سبق إلى تسجيل عقده ، حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول . ويرجع المشتري الأول الذى فاتته ملكية العقار بالتعويض على البائع ، ويرجع على المشتري الثانى أيضاً بالتعويض إذا كان متواطئاً مع البائع . ولكنه لا يستطيع أن يستخلص لنفسه ملكية العقار ، فقد خلصت ملكيته للمشتري الثانى بالتسجيل . وهذا الحل يجعل التسجيل فى أعلى مراتبه من القوة ، فيكاد يدانى فى قوته التسجيل فى نظام الشهر العيني . ولا يجوز فى هذا الحل الأخير للمشتري الأول أن يطعن فى البيع المسجل إلا بالدعوى البولصية ، إذا توافرت شروطها . فيجب إذن أن يكون البائع معسراً ، ونهض لنصور ذلك أنه كان لا يملك إلا العقار الذى باعه ، فلم يعد عنده مال للوفاء بتعويض المشتري الأول . فى هذه الحالة يستطيع المشتري الأول ، وهو دائن للبائع بالتعويض ، أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ فى حقه . ولكن العقار لا تخلص ملكيته للمشتري الأول ، ولا يستطيع إلا أن ينفذ عليه بالتعويض الذى له ، فيأخذ التعويض من ثمنه بعد بيعه فى المزاد

الجبري ، وبزاحه في هذا الثمن دائنو البائع الآخرون وفقاً للقواعد المقررة في الدعوى البولصية ، وهكذا نرى أن للتسجيل في هذا الحل الثالث أكبر مراتب القوة ، فهو حتى إذا طعن فيه بالدعوى البولصية وأصبح غير نافذ في حق المشتري الأول ، لم تخلص لهذا المشتري ملكية العقار ، بل لا يكون له عليه إلا حق التنفيذ بالتعويض على الوجه الذي قدمناه .

وبخاص من ذلك أن هناك تدرجاً في قوة التسجيل بحسب الحل الذي يؤخذ به . فاضعف ما يكون التسجيل عندما يشترط في صحته حسن نية المشتري . ثم يتدرج في القوة إذا لم يشترط حسن النية ، ولكن اشترط عدم التواطؤ . وأقوى ما يكون التسجيل إذا لم يشترط لا حسن النية ولا عدم التواطؤ ، فلا يبقى إلا الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان البائع معسراً ، ولا تخلص للدائن ملكية العقار في هذه الحالة ، بل لا يكون له إلا حق التنفيذ

فأى رأى من هذه الآراء الثلاثة هو الواجب الأخذ به ؟ يختلف ذلك باختلاف المهود الثلاثة : عهد التقنين المدني السابق وعهد قانون التسجيل وعهد قانون تنظيم الشهر العقاري .

٢٨٨ - شرط حسن النية في عهد التقنين المدني السابق - اهالة :

وقد قدمنا أن الرأى الراجع في عهد التقنين المدني السابق هو اشتراط حسن النية في المشتري لصحة التسجيل ، وبيننا أصابيد هذا الرأى ، وأنه يعتمد على نص صحيح في التقنين المدني السابق ، موافق المادة ٢٧١/٢ من هذا التقنين ويجري على الوجه الآتي : « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة الغير المتعاملين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد ، متى كانت هذه الجهة مجازية على سبب صحيح موهوطة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها (١) . » وبما ذكرنا أن هذا الرأى كان ينازعه رأى آخر يذهب إلى عدم اشتراط حسن النية ، والاكتفاء باشتراط عدم التواطؤ . بل كان هناك رأى متطرف ، مالمثل أن

(١) النص الفرنسي لمساواة « لا يعلمون ما يضر بها » هو : « كما قدمنا : qui sont de »

هجر ، يعتد بالتسجيل إلى أقصى حد ، فلا يهدره ولو كان المشرع سيء النية ، بل ولو كان متواطئ ، مادام عقد شرائه عقداً جدياً ، فإن كان عقداً صورياً لم يكن له وجود ولا يعتد به حتى لو سجل . ونكتني هنا بالإحالة إلى ماسبق أن بسطناه في كل ذلك (١) .

والرأى الراجع من هذه الآراء الثلاثة ، وهو الرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية لصحة التسجيل ، ينزل بالتسجيل إلى أضعف درجة من القوة كما سبق القول .

٢٨٩ - شرط حسن النية في عهد قانونه التسجيل : أما في عهد قانون التسجيل ، فقد استبعد لأول وهلة الرأى الأول الذى يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، حتى يرتفع التسجيل إلى درجة أقوى مما كان عليه في عهد التقنين المدنى السابق . وأمكن استبعاد هذا الرأى الأول بحجة من ظاهر النص ، فقد كانت المادة الأولى من قانون التسجيل لا تذكر شرط حسن النية كما كانت المادة ٣٤١ / ٢٧٠ من التقنين المدنى السابق لا تذكر هذا الشرط . ثم تأتي المادة الثانية من قانون التسجيل ، وهى التى تعرض للحقوق والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية فتشترط فى التسجيل ألا يداخله التدليس ، إذ تقول فى الفقرة الثانية منها : « فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات ، فلا تكون حجة على الغير ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا دأخلها التدليس » . فاستخلص من عدم اشتراط حسن النية فى العقود المنشئة واشتراطه فى العقود الكاشفة ، أن حسن النية غير مشروط لصحة تسجيل البيع (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩ .

(٢) استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٤ ص ٧٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٣ م ٥٢ ص ٦٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٩ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٧٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٥ - ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٤٤ ص ١٩٠ (وقد اشترط هذا الحكم حسن النية لصحة التسجيل) .

ولكن بقي الرأيان الآخران يتنازعان القضاء والنقطة . فرأى يذهب إلى أنه إذا كان لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، فإنه يشترط عدم التواطؤ (١) . ورأى آخر يذهب إلى أن دون التسجيل قد قضى على نظرية التواطؤ ، فيجب تهويل المشتري الثاني الذي سجل أولاً ، حتى لو كان سيبره النية ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع (٢) .

(١) ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أنه بما يحاكيه الدال ألا يكون للتواطؤ جزاء، وإلى أنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة فيما يخص فيه قانون التسجيل وهذه القواعد لا تفر الأعمال المنطوية على التواطؤ ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل لم تقصد أن تقول إن هذا القانون قد أراد القضاء على نظرية التواطؤ وإنما قصدت أن تقول إنه قد حسم النزاع فيما يتعلق بحسن النية وسوء النية ، وإلى أنه لا يتفق مع المطلق أن يكون حق المشتري يعقد غير مسجل سليماً في مواجهة البائع ثم يصبح بعد تواطؤ الغير مع البائع حقاً مطلوب القوة : حكم الدوائر المحترمة لهيئة استئناف مصر في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - استئناف مصر ٢٢ مايو سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٢٣١ ص ٣٠٨ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ - رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٢٦٣ ص ٩٠٤ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٣ - استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٥ .

وانظر الأستاذ عبد السلام ذهني في الفسخ والتواطؤ والتدليس في التسجيل - الأستاذ أنور سلطان

فقرة ١٨٢ ص ٢١٣ هامش رقم ٣ وص ٢١٧ - ص ٢١٨

(٢) ويستند أصحاب هذا الرأي إلى أن قانون التسجيل قد أبقى على نظرية التواطؤ في المقود الكاهنة وأعطاهما في المقود المنشئة ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل صرحت بأنه يراد حسم المنازعات العديدة في الفصل في مسائل حسن النية وسوء النية ، وإلى أن قانون التسجيل قد خطا خطوتين لإدخال نظام السجل العقاري فجعل انتقال الملكية بين المتعاقدين مرتبطاً بالتسجيل وحده وقضى على نظرية سوء النية والتواطؤ ، وإلى أن المشتري الثاني يتعاضد مع البائع ولا يزال مالكاً للبيع ، وإلى أنه لا محل للمسك بالمادة ٢٤١/٢٧٠ مدني سابق لأن قانون التسجيل قد نص في المادة ١٦ منه على إلغاء كل نص يخالف أحكامه . انظر من هذا الرأي : استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٣٩٩ ص ٦٣٤ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ =

وقد أخذت محكمة النقص بهذا الرأي الآخر ، وقضت بأنه لا يشترط لصحة التسجيل إلا حسن النية ولا انعدام التواطؤ ، فإذا تصرف المالك ، بعد تصرف سابق صدر منه دون أن يسجل ، لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً . فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سبباً في النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة . وإذن فلا مانع من أى إنسان لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً الملك فعلاً إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعياً أن له حصةً عينياً على العقار يخرج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب التمدد المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله ، بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (١) . فارتفعت محكمة النقص ، بهذا

= رقم ٢٢٠ ص ٧٠٦ - استئناف أصبوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤ .

وأنظر الأستاذين أحمد مجيب الملالي وحامد زكى فقرة ٤٦٩ - الأستاذ أحمد أمين في شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٧٣٩ .

وأنظر في عرض الرأيين : الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٢ - الأستاذ محمد عل إمام فقرة ١٦٩ ص ٢٧٨ - ص ٢٨٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى في شهر المتصرفات فقرة ١٦٥ وما بعدها - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٠٣ ص ١٦٥ - ص ١٦٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٧٣ - ص ١٧٦ - الأستاذ عبد السمع البدر اوى فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٧ .

(١) نقص مدني ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . ويقول نفس الحكم أيضاً ما يأتي : « ولا يجوز التحدى بمسألة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عدم العلم المشار إليهما بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدني ، لأن هذه المسألة مؤسسة على مبدأ القابض المدني الذى كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتنازعين على محرد الإيجاب والقبول ، وهذا المبدأ قد قضت عليه الفقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاء نهائياً ، كما نست المسادة ١٦ من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه ، وإذن فتلك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمها باقياً ، والدعوى أبولغسية المشار إليها بالمادة ١٤٣ من القانون المدنى هي دعوى شخصية يرفعها دائن لإبطال تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ بدينه على الملك المتصرف فيه والذى كان يعتمد عليه الدائن لضمان استعادته بحقوقه ، وليس من تناقض هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لما يطلب إبطال التصرف فيه » .

الرأى الذى اعتنقته، بالتسجيل إلى أعلى مرتبة من القوة. ولكن لا يفهم من قضائها هذا أن المشتري الأول، الذى نواطأ البائع والمشتري الثانى على الإضرار بحقه، يصبح محروماً من الحماية. لا يستطيع هذا المشتري حقاً أن يتعرض للتسجيل فيبطله للتواطؤ. ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض ويتقاضاه مما عنده من مال، إن كان البائع موسراً. فإذا كان معسراً وكان البيع المسجل هو الذى سبب الإعسار أو زاد فيه، جاز للمشتري الأول أن يطعن فى البيع المسجل بالدعوى البولصية ولكن لا تثبت ملكيته فى العقار المبيع، بل للتنفيذ عليه بالتعويض المستحق له (١)، وبزاحمه فى ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على النحو الذى قدمناه (٢).

= وانظر أيضاً: نقض مدنى ٩ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧ - ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٧٩ ص ٢٠٧ - ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٦ ص ٢٣٠. استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٥ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٠ رقم ٢٥٤ ص ٧١٣ - استئناف اسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢١٥ - وقارن: نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٨ ص ١١٠٣.

(١) غارن الأستاذ أنور سلطان نفرة ١٨٢ ص ٢١٨.

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسوط فى هذا المعنى بأنه يجوز للمتصرف إليه الأول يعقده غير مسجل أن يرفع دعوى عدم تنفيذ العقد الثانى المسجل، إذا توافرت شروط الدعوى البولصية، ولم يمتنع بأن دائر مدعى من صفته أن يبطل التصرف المذموم لئلا يستلزم استرداد الثمن الذى دفعه أو الحصول على التعويضات التى يبتغىها، على أنه لا يلاحظ أن الدائره من هذه الدعوى لا يمكن أن يكون بطلان التصرف الثانى لرحال بطلان التصرف الأول غير المسجل، فإن الدعوى إذا كانت تهدف إلى هذا الغرض، تعتبر مخالفاً لى مخالفة قانون التسجيل، فمخلاً عن أن الدعوى البولصية فى الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف، وإنما تهدف إلى الحد من ضرر الدائن الذى يتضرر من أثر التصرف فى حال عديمه، لذا ويجوز فى هذا الحال ما يقضى به من زلات المحكة فيها وأصبحت غير مقبولة، وهو ليس سماعاً بدائناً وإنما يستلزم بيع الدائرين العاديين أن يشتركوا فيها بأن يمتنعوا المالى الثانى يرجع إلى دليهم (٣) يونيو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢ ص ٤٧). ثم قضت محكمة النقض أخيراً بأنه إذا توفقت الشروط المقررة للعلن بالدعوى البولصية، فإن مدعى ذلك أن تعود ملكية العين المتصرف فيها إلى البائع، ويكون من حق المشتري الذى يسجل، بعد يومه ذلك، أن يمتنع بالتنفيذ عليها جبراً استثناءً لديه. وليس من شأن هذا أن يبرر هذا المانع من إلزامه عقد الابتدائى ومما يوجب الحكم بفسخه ونقضه، بل

ولم ينهل محكمة النقض العقد الذى سجل أولاً إلا فى حالة ما يكون عقداً
صورياً ، فهو عند ذلك لا وجود له ولا يعتد به (١) .

== لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إلى المشتري متى سجل عقده محملاً بحق المشتري الذى
لم يسجل بوصفه دائناً للبائع ، وليس لداثر فى مقام التنفيذ بدنه أن يطالب بملكية العقار الذى
يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى ٢ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٥٨
ص ١١٨٥) . وقضى نفس الحكم بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن طلبات المشتري التى لم
يسجل عقده أمام محكمة الموضع قد تحددت بمسألة أصلية واستقرت على التمسك بطلب إبطال
التصرف الصادر من البائع إلى المشتري الذى سجل عقده تأسيساً على المادة ١٤٣ من القانون المدنى
القديم ، فإن إضافته إلى ذلك طلباً آخر هو الحكم بمسح ونفاذ عقده ليس من شأنه إهدار الطلب
الأصل فى الدعوى وهو إبطال التصرف المؤسس على الدعوى التولية ، وتكون المحكمة إذا
اعتبرت الدعوى مفاضلة بين عقدين لجرده هذه الإضافة ، وأهملت حكمها على ما بين الطرفين من
تفاوت فى الأثر القانونى لكل منهما دون أن تعرض لبحث طلب إبطال التصرف استقلالاً ، قد
خالفت لفائزون (نفس الحكم السابق) . وكانت محكمة النقض قد قضت قبل ذلك بأنه لا يجوز
الجمع بين دعوى تثبيت الملكية فى العين المشتراة والدعوى التولية ، لأن كلا من الدعويتين تتناقض
مع الأخرى (نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) .

وقد سارت محكمة النقض الإبطالية إلى مدى أبعد من هذا ، فلم تسمح حتى برفع الدعوى التولية
على النحو الذى بسطناه ، بدعوى أن المشتري ليس له حق شخصى محض ، بل هو حق شخصى يربو
إلى تمكك المبيع ، فآل هذا الحق هو أن يدير حقاً عينياً . والدعوى التولية لم تشرع إلا لحماية
الحقوق الشخصية التى لا يقصد بها الحصول على الملكية ، فلا يكون للمشتري إلا مطالبة البائع
بالتنفيذ المدفوع له من المشتري الثانى ، إذا وجد له ماله (انظر الحكم منشوراً فى مجلة مصر المعاصرة
سنة ١٩١٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - والحكم منقده من بعض فقهاء القانون الإبطال - انظر
مقالاً للأستاذ كاديمنوس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٧ - برناردى فى مجلة
مصر المعاصرة سنة ١٩٢٢ ص ٢٠١ - وانظر الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى
فقرة ٢٧٢ ص ٢٧٤ هامش رقم ١) .

أما محكمة النقض الفرنسية فتقضى بأن التواطؤ يبطل التسجيل ، وتفضل المشتري الأول
المتأخر فى التسجيل على المشتري الثانى الذى سجل أولاً إذا كان هذا المشتري الثانى قد تواطأ
مع البائع ، ولا يكتفى أن يكون سبب التوبة (نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ والفرز
١٣ يولية سنة ١٩٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقده
شرائه ، لا يحول دون نقل الملكية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المشتري
عالمًا بأن الساع له أو مورثه متى أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت
أن عقد المشتري المسجل هو عقد صورى . ولا ينتج فى إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشتري
وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد من ذات المبيع (نقض مدنى ٣١ ديسمبر
سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢) - وانظر أيضاً : نقض مدنى -

إذا كانت محكمة النقض ، بقضائها هذا ، مدفوعة إلى تحصين التسجيل كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل في نظام السجل . - رى ، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصى الذى لا تزال فيه حتى اليوم . ففى نظام السجل العقارى يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة ، لأن هناك ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام بأن بها المتعاملون من أن تضيق عليهم حقوقهم . فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحرى ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحصاً دقيقاً ، ثم يعرض من يضار بهذا النظام تعويضاً تكفله خزانة السجل العقارى ذاتها . أما وهذه الضمانات لا تزال تعوز النظام الشخصى القائم ، فلا رى بدأ من الاعتماد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل ، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشتري الأول أن المشتري الثانى الذى سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع (١) . وفى رأينا أن خير طريق لنحصل إلى هذه النتيجة هو الطعن فى البيع المسجل الدعوى البولصية ، ولكن لا على النحو الذى نذمب إليه محكمة النقض ، بل على نحو خاص منصوص إليه فيما يلى (٢) .

٢٩٠ - شرط حسن النية فى قانون تنظيم الشهر العقارى :

كانت اللجنة التى قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقارى تواجه

٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ بمجموعة عدد ٢ رقم ١٣٥ - ١٠٢ - ١ يونيو سنة ١٩٤٣ بمجموعة عدد ٤ رقم ٦٧ من ١٨٢ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ بمجموعة عدد ٤ رقم ٨٨ من ٢٢٤ - ٩ يونيو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عدد ٤ رقم ٩١ من ١٨٨ - ١٩٠ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ من ١٢٣ - ١٧ مايو سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٨ من ٨٠٩ - ١٠١ - ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١١٠ من ١٥٣٦ - ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٧ من ٢٠١) .

(١) الأستاذ محمد السلام فهمى فى التذييل من ٤٩ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال ومحمد أبى فقرة ٢٧٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٧ من ١١٦ - الأستاذ محمد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٠٣ - الأستاذ محمد الشرباشى من ١١٦ - الأستاذون منبسط ٣٨ ديه بى سنة ١٩٢٩ م ٥٠ من ٧٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٧ م ٥٠ من ١٢٢ .
(٢) أنظر ما يلى فقرة ٢٩٠ فى نفس الفقرة . برأى نظر البربر ١٢ فقرة ٨٨ من ١٠٣٠ ومما يلى .

الرأين اللذين يتنازعان الفقه والقضاء في هذه المسألة : الرأي الذى يذهب إلى أنه : بشرط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، والرأى الذى يذهب إلى أن التسجيل يكون صحيحاً ولو مع التواطؤ مع الاحتفاظ بالدعوى البولصية ودعوى الصورية وهو الرأى الذى ساد فى العمل أخيراً بعد أن أخذت به محكمة النقض كما رأينا . وقد وصف أحد أعضاء هذه اللجنة الخلاف الذى قام بين الأعضاء فى هذا الصدد فى العبارات الآتية : « وفى أثناء مناقشة هذا الموضوع انقسم أعضاء اللجنة إلى فريقين . يرى الفريق الأول أن يطبق المبادئ العامة على اعتبار أن التدليس يفسد كل شئ . بينما يرى الفريق الآخر الأخذ بالحكم الذى أصدرته محكمة النقض من أن التدليس لا يفسد المحررات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية مع تعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات الأخرى ، خصوصاً وأن قانون الشهر قد أخذ بأامة إجراءات نظام السجل العيني فيما عدا إمساك السجل ، والسجل العيني لا يعترف بالتدليس كعيب يترتب عليه إلغاء التسجيل . وأضاف الفريق الثانى إلى ذلك أننا يجب أن نتخذ إجراء حاسماً يعطى للتسجيل قوته وحجيته ، ولا داعى للتردد الذى كان سبباً فيما شاب قانون سنة ١٩٢٣ من عيوب جعلته غير صالح لاعتباره الخطوة التمهيدية لنظام السجل العيني . أضف إلى ذلك أن حكم محكمة النقض صريح فى هذا المعنى . وقد استمرت مناقشات اللجنة طويلاً ، إلى أن انتهى الرأى إلى أن حكم محكمة النقض صدر بالمعنى الوارد به نصراً للخرج الذى كانت (المحكمة) أمامه من وجود نص صريح على التدليس فى المادة الثانية وعدم وجود هذا النص فى المادة الأولى . ولذلك فلا يمكن أن يعتبر هذا الحكم معبراً عن وجهة نظر القضاء كمصدر من مصادر التشريع ، فيقال إن محكمة النقض ترى فى أى الأحوال ألا يكون للتدليس أثر على تسجيل المحررات . ولذلك رأت اللجنة أن تزيل هذا الخرج ، فلا تنص على التدليس فى المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى التى تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣ ، كما تزيل النص على انتدليس فيما يلى ذلك من المواد التى تقابل المادة الثانية من القانون القديم . وعلى هذا الأساس صدر قانون الشهر العقارى غنلاً من النص على التدليس فى أى مادة من مواده ، أى أن المشرع ترك ذلك للمبادئ العامة عند عرض

الأمر على القضاء (١) .

ويبدو أن اللجنة - عن قصد أو عن غير قصد - قد رجحت الرأي القائل بأن التواطؤ يفسد التسجيل على خلاف الرأي الذي أخذت به محكمة النقض . فقد انتزعت من النصوص أقوى حجة لهذه المحكمة تستند إليها من ناحية النص في أن التواطؤ لا يعنّد به في العقود المنشئة . ذلك أن قانون التسجيل كان يحمل في نصوصه هذه الحجة القوية ، إذا كانت المادة الثانية تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، ونسكت المادة الأولى عن هذا النص في عقود المنشئة ، فبسهل استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون تنظيم الشهر العقاري المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك أيضاً في المادة التاسعة في العقود المنشئة ، فلم يعد من المستطاع استخلاص فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية في طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس في التسجيل واحداً في الطائفتين معاً ، ومركولاً أمره للمبادئ العامة على النحو الذي قصدت إليه اللجنة . ويقوى الظن بأن اللجنة ترجح أن يكون التواطؤ مفسداً للتسجيل عندما ترى أن قانون الشهر العقاري لم يلتزم السكوت عن هذه المسألة ، ولم يصدر كما قبل غفلاً من النص على التدليس في أية مادة من مواده . فقد نص ، في ممدد تسجيل الدعاوى ، في المادة ١٧ منه على أنه : « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي اكتسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . ولما كانت المادة ٤١ من قانون الشهر تنص على الدعاوى الواجب تسجيلها وتدخل فيها

(١) الدكتور محمود شوق في الشهر العقاري علماً ومعلماً ٢١٢ - ص ٢١٣ - وورد في مجلة الإحصائية لشروع قانون الشهر العقاري : « وفي ممدد التدليس لم ير محل فنص عليه ، لا بالنسبة إلى التصرفات المقررة للمقوق العينية ولا بالنسبة إلى التصرفات المنشئة للحقوق ، لاكتفاء ما بقي أحكام التواضع العامة في هذا الشأن » .

دعوى صحة التعاقد ، فقد خلص من ذلك أن التسجيل السابق على تسجيل دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على رافع هذه الدعوى بعد أن سجل صحيفة دعواه إلا إذا كان صاحب التسجيل السابق حسن النية . فإذا سجل المشتري الثاني عقده ، ولم يجد المشتري الأول مناصاً من رفع دعوى صحة التعاقد على البائع ، وسجل صحيفة الدعوى بعد تسجيل عقد المشتري الثاني ، فله أن يحتج على المشتري الثاني بأنه لم يكن حسن النية عندما اشترى . والمفهوم أن حسن النية هنا معناه أن المشتري السابق كان يعلم وقت أن اشترى بصدور تصرف سابق من البائع في نفس العنصر . وبمخلص من كل ذلك أنه يمكن أن يستتج من الجمع بين المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر أن حسن النية ، بالمعنى الذى كان مفهوماً في التقنين المدنى السابق ، مشروط لصحة التسجيل .

ولعل واضعى قانون الشهر العقارى لم يقصدوا إلى تقرير هذا الحكم ، فهم إنما قصدوا ترك المسألة إلى المبادئ العامة بعد أن انتزعوا من أصحاب الرأى القائل بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل أقوى حجة لهم من ناحية النصوص . وقد كان من الخير ، فى مسألة هامة كهذه المسألة اضطربت فيها الآراء وقررت فيها محكمة النقض حكماً خطيراً قد يكون محلاً للنظر ، أن يحسم قانون الشهر الخلاف فيها ، فبين الحكم الذى ينتهى إليه تطبيق المبادئ العامة بدلاً من ترك الأمر للفقهاء والقضاة ليعود الخلاف والاضطراب .

وقد وقع هذا فعلاً ، فعاد الخلاف بعد صدور قانون الشهر . وتنازع الفقهاء الرأىان اللذان كانا يتنازعانه قبل قانون الشهر ، فرأى يذهب إلى أن التواطؤ يفسد التسجيل ، ورأى آخر يذهب إلى أنه لا يفسده . بل إن الخلاف قد زاد برجوع رأى ثالث كان قانون التسجيل قد قضى عليه ، وهو الرأى الذى يذهب إلى أن سوء النية وحده يكتفى لإفساد التسجيل إذ حسن النية مشروط لصحته ، وقد رأينا كيف يستطيع هذا الرأى أن يستند إلى نصوص قانون الشهر فى مادته الخامسة عشرة والسابعة عشر .

وأمام هذا الخلاف لا يسعنا إلا أن نتخذ الموقف الذى نعتقد أنه هو المتفق مع المبادئ العامة ، كما قصد إلى ذلك واضعوا قانون الشهر . ومن ثم يتعين متبعا للرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية فى التسجيل واستبعاد الرأى

الذى يذهب إلى أن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، والوقوف عند الرأى الذى يذهب إلى أن حسن النية ليس مشروطاً لصحة التسجيل ولكن التواطؤ يفسده .

أما أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل فلأنه لا يمكن أن يكون واضحاً فنون الشهر العقارى قد قصدوا إلى ذلك ، فكل ما قصدوه هو ترك المسألة للمبادئ العامة (١) . وليس من المصلحة الرجوع فى خطوة خطاها قانون التسجيل عندما قضى على شرط حسن النية فدعم نظام التسجيل وقواه بازائه عاملاً

(١) والواقع أن واضع قانون الشهر العقارى قد جاوزوا الغرض الذى قصدوا إليه عند ما نقلوا المادة ٢/١٧ من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل فقد كانت الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون التسجيل تنص على ما يأتى : « وتسق حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأثير المشار إليهما خاصة لنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها » . وكانت النصوص والمبادئ المشار إليها فى هذا النص نصوص التقنين المدنى السابق ومبادئه ، وهذه كانت تقتصر على حماية الدائن المرتهن حسن النية إذا استمد حقه من شخص زالت ملكيته بأثر رجعى ، فيبقى هذا الحق بالرغم من الأثر الرجعى ما دام مقيداً قبل تسجيل صحيفة الدعوى . أما غير الدائن المرهن ، كمشتر من زالت ملكيته بأثر رجعى أو مشتر من غير مالك أصلاً ، فلم يكن يحميه نص قانون التسجيل حتى لو كان قد سجل سنده قبل تسجيل صحيفة الدعوى وكان حسن النية . ونقل قانون الشهر هذا النص فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه على الوجه الآتى : « ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأثير أو التسجيل المشار إليهما » . فمثل حمايته ، لا الدائن المرتهن فحسب ، بل أيضاً المشتري وكل من كسب حقاً عينياً على العقار كان يهدده الأثر الرجعى لزوال الملكية ، وذلك بوقت تسجيل صحيفة الدعوى . واشترط لحماية هؤلاء أن يكونوا حسن النية ، أى غير عابثين وقت أن كسبوا حقوقهم بما يرد ملكية سلفهم من زوال بأثر رجعى .

فلما أضاف النص إلى دعاوى زوال الملكية بأثر رجعى دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد ، أدخل فى زمرة الأشخاص الذين تشملهم الحماية أشخاصاً من نوع آخر . فهؤلاء الأخيرون لا يستمدون حقوقهم من مالك يتسبب ملكيته الزوال بأثر رجعى ، بل يستمدونها من غير مالك أصلاً فى حالة دعاوى الاستحقاق ، ومن مالك سبق له التصرف فى ملكه فى حالة دعاوى صحة التعاقد . فكان ينبغي أن يعامل كل بما يقتضيه مركزه . أما من يستمد حقه من غير مالك أصلاً ، فلا يحصى ولو كان حسن النية ، إلا إذا استمد حقه من شخص يستطيع أن يملكه ولو كان هو نفسه غير مالك وذلك كالمشتري بعقد مودى وكالوارث الطاهر كما سبق القول (أنظر آنفاً فقرة ٢٦٣ فى الماشى) . وأما من يستمد حقه من مالك سبق له التصرف فى ملكه فيحصى ولو كان سيئ النية - أى يعلم بالتصرف السابق - لأنه استمد حقه من مالك لا يهدد ملكيته لزوال ، عالم يكن متواطئاً مع هذا المالك (فمماز فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى عقد الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٥ هامش رقم ٣ - البيع والإيجار لنفس المؤلف فقرة ٢١١ ص ٢٨٦ هامش رقم ١) .

من عوامل الاضطراب والزعزعة الثقة العقارية . إذ أن حسن النية مسألة نفسية ، والعلم بسبق التصرف أمر دقيق يصعب في كثير من الأحيان إثباته ، ولكنه يبقى مسبقاً معلوماً يهدد سلامة التسجيل ، بخلاف التواطؤ فإن أماراته الخارجية تكون عادة كثيرة فيسهل إثباته ويكون واجب الردع والجزاء .

فقانون الشهر العقاري ، وهو خطوة إلى الأمام بالنسبة إلى قانون التسجيل ، لا يصح أن يتخلف عن هذا القانون في مسألة على هذا القدر من الأهمية . وليست الحجة المستمدة من الجمع بين نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون الشهر بالحجة الحاسمة ، ومن البعيد أن يكون واضعوا هذا القانون قد قصدوا مايراد استخلاصه من هذين النصين . فمن بادر إلى تسجيل سنده ، وسبق في ذلك رافع الدعوى في تسجيل صحيفة دعواه ، يجب أن يكون حسن النية حتى يستطيع أن يفتح بتسجيله السابق على رافع دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو الاستحقاق أو صحة التعاقد . أما حسن نية المشتري بالنسبة إلى هذه الدعاوى دون دعوى صحة التعاقد (١) . فيجب أن يكون عدم العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشتري في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بناءً في دعوى الاستحقاق . وتبقى دعوى صحة التعاقد ، ويجب بالنسبة إلى هذه الدعوى ألا يكون مجرد علم المشتري بسبق التصرف في الذي اشتراه نافية لحسن النية . والتصرف السابق غير مسجل ولا يزال البائع مالكاً لما يبيع ، ومن حق المشتري أن يشتري من المالك ولو سبق للمالك التصرف ، فقد يكون هذا التصرف معيباً ، والمالك على كل حال لم يتجرد عن ملكيته . وقد قطعت محكمة النقض . بعد صدور قانون الشهر العقاري ، في هذه المسألة ، فتضمنت بأن « العير سيء النية في معنى الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ هو الذي كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقد معه ، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يطله أو بما يوجب فسخه . أما من يتعامل

(١) وقد كانت المادة ١٧ من قانون الشهر تتضمن فقرة ثالثة تعرف حسن نية بوجه عام ثم حذفت ، فأصبح القضاء حراً في تحديد حسن النية في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها (انظر آنفاً فقرة ٢٠٢ في الغاش) .

مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية ، فلا يعتبر صبيء الذبة في معنى المادة المذكورة ، لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك - بائع - نشوب ملكيته شائبة ، ولو كان يعلم وقت تعاقدته معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده . ذلك أنه وفقاً للمادة التاسعة من القانون السالف الذكر يجب شهر جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، ويترتب على عدم التسجيل أن الخريف المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يذكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوى الشأن . فمن يتعامل مع بائع على أساس القانون لا يصبح إهدار سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة ٧٧ من القانون المشار إليه ، وإنما يجوز الطعن في عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية متى توافرت شروطهما (١) .

ونرى من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض ، حتى بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقاري ، لا تزال مصرة على المبدأ الذي قرره في عهد قانون التسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية على النحو الذي بسطناه . وقد قضت في هذا المعنى أيضاً بأنه وفقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون انتقالها إليه أن يكون عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده . ولا يحول دون انتقال الملكية لمشتري الثاني الذي سبق في التسجيل إلا كونه عقده صورياً . وأنه لا ينتج في إثبات تلك الصورية مجرد علم المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل (٢) .

(١) نقض مدني ١٣ ماي سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ .
 (٢) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ —
 وانظر أيضاً : نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ —
 ٢٩ ماي سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ - ٤ مارس سنة ١٩٥٤
 مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ - ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام =

وهذا الرأي يجب أيضاً استبعاده لنظره في الناحية الأخرى ، كما استبعدنا
الرأي الأول الذي يتطرق في اشتراط حسن النية لصحة التسجيل (١) . ومهما يكن

= النقص رقم ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ - أول ديس سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقص رقم ٦ رقم ٢١٠
ص ١٥٢٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقص رقم ١٩ ص ١٥٣ .
(١) والفقه المصري ، بعد صدور قانون الشهر العقاري ، منقسم ، ولكن السكينة العامة
تقر محكمة النقص فيما ذهبت إليه .

يرى الأستاذ أنور سلطان (فقرة ١٨٣) وحرب حسن النية لصحة التسجيل ، فيمكن لانتشار
المشترى الثاني سيء النية أن يكون عاملاً بالنسبة الأولى ولا يشترط نوازه مع البائع ، وينسب
في ذلك إلى نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر .

ويرى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي (فقرة ١٠٥ - ١٠٧) أن حسن النية لا يشترط
لصحة التسجيل ، ولكن يشترط عدم التواطؤ ، فتواطؤ المشتري الثاني مع البائع يفسد التسجيل
ويجعله غير نافذ في المشتري الأول .

وسائر الفقهاء بعد ذلك يقرون محكمة النقص ، من الناحية العملية على الأقل . فيذهب الأستاذ
محمد حل إمام (فقرة ١٧٧ ص ٢٩٨ - ص ٢٩٩) إلى أن التسجيل إذا أفسده التواطؤ
من الناحية القانونية ، فهو صحيح من الناحية العملية دعماً لقوة التسجيل . وكذلك ينسب
الأستاذ عبد المنعم البدرأوى (فقرة ٢١٨ - فقرة ٢١٩) إلى أن الائتماد بالتواطؤ صحيح
من الناحية النظرية ، وغير صحيح من الناحية العملية ، وعلى أساس الناحية العملية يؤيد قضاء
محكمة النقص . ويرى الأستاذ جميل الشوقى (البيع ص ١٨٠ - رسالة البطلان فقرة ٤٠ ،
وحاشى ص ١٥٧) صحة التسجيل ولو مع التواطؤ ، باعتباره أن التسجيل عنصر في إثبات
الحق العقاري استلزامه القانون استلزاماً مطلقاً بحيث لا تحمل عنه وسيلة أخرى لتفكيك دلالته .
المثبت لحق العقارى المراد الاحتجاج بوجوده . ويرى الأستاذ منصور ، مسقط منصور (نشر
٧٢ ص ١٢٥ - ١٢٦) أن اشتراط حسن النية وإن كان يتفق مع عبارة المادة ١٧ من
قانون الشهر ، إلا أنه يتضح من مذكرة هذا القانون ومن ساقطت اللجنة تبي وضعت أن الشرع
لم يشأ أن يفصل في هذه المسألة ، وأن القول بأن التواطؤ يفسد التسجيل لا يتفق مع الاتجاه الذى
يسير نحوه الشرع المصرى من الأخذ بنظام التسجيل العيني . ويخلص إلى القول بأن انتهاء محكمة
النقص هو أنى سوف يستقر ، ويمكن أن تكون محكمة النقص قد أخذت برأى فى مسألة هذا التطور
حتى تدبر منها . المحاكم الأخرى ، وخصوصاً أن هذا هو الرأى الذى استقر قبل قانون الشهر
العقارى . ويقر الأستاذ إسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة فى البيع ص ٩٣ - ص ٩٤)
محكمة النقص على ما ذهبت إليه .

ويقول الأستاذ سليمان سرفس (منذ الإيجار فقرة ١٢٣ ص ٢٠٤ حاشى رقم ٣ - البيع
والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٩ حاشى ١ - وأيضاً الأستاذ محمد على مرقه فى أسباب
كسب الملكية سنة ١٩٥٤ : فقرة ١٩٩ ص ١٥٤) إن قوله حسن النية المذكورة فى الفقرة
الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر منصور على دعوى الطعن فى تعريقات - مادة ١ - =

من شفع للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض من وجوب دعم نظام التسجيل تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فانه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية ، ولا تنفص به الاعتبارات العملية .

أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته ، ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل ، عندها كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة وبسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلوا من هذا التمييز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه

== ية - عليها فسخ أو بطلان أو إلغاء التصرف بأثر رجعى من وقت حصول التصرف ، فجاء شرط حسن النية للحد من هذا الأثر الرجعى بالنسبة إلى الغير حسن النية ، فلا يرجع الأثر إلا إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . ويذهب إلى أن المشرع بإضافته إلى هذه الدعاوى دعوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد تزيد دون مبرر . وفى دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك الحقيق ضد الحائز للعقار يكون الحكم للمالك بالاستحقاق نافذاً فى حق من اشترى من الحائز ، ولو كان هذا الأخير حسن النية وسجل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وفى دعوى صحة التعاقد المفروض أن تسجيل عقد المشتري الثانى قد نقل إليه ملكية المبيع وجرد البائع منها . فصار وفاء هذا بالتزام نحو المشتري الأول وفاء عينيا غير ممكن ، فيمتنع الحكم بصحة التعاقد ونفاذ ، ولا يبقى إلا الحكم بالتمويض .

وما يقوله الأستاذ سليمان مرقس من أن شرط حسن النية جاء ليحد من الأثر الرجعى لبطلان التصرف أو فسخه هو قول صحيح . وما يقوله من أن شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق لا محل له ، أت من أنه تصور دعوى الاستحقاق فى صورتها المألوفة . ولكن الصورة التى يتصور فيها شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق هى عندما يكون الحائز وهو غير مالك يستطيع أن يملك انغير ، كما هى الحال فى المشتري بمقد صورى وفى الوارث الظاهر (انظر آتفاً فقرة ٢٦٣ فى الهامش) . أما ما يقوله من أن شرط حسن النية لا محل له من الناحية العملية فى دعوى صحة التعاقد فقول فى حاجة إلى الاستقصاء . ذلك أن المثل الذى أتى به يمكن أن يثير شرط حسن النية هل الوجه الآتى : يقيم المشتري الأول دعوى صحة التعاقد على البائع ، ويدخل فى الدعوى المشتري الثانى الذى سبق إلى تسجيل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . فإذا احتج المشتري الثانى بسيفه إلى التسجيل حتى يحول دون الحكم بصحة التعاقد ، دفع المشتري الأول بطلان التسجيل لتواطؤ المشتري الثانى مع البائع . فإذا استطاع إثبات التواطؤ ، وكانت المحكمة من رأيها أن التواطؤ يفقد التسجيل ، فلا مانع من الحكم للمشتري الأول بصحة التعاقد ، وتسجيل هذا الحكم ينقل إليه هو ملكية العقار .

النصوص عن طريق الدلالة البركسية ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن التبة للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا يبنى حسن التبة ، فمن البدهى أن المشتري الثانى الذى تواطأ مع الدافع ، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سند ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن التبة مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الحاطر . فهو إذن سيء التبة ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشتري الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد سبق تسجيله لسند . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقه الحكم فى هذه المسألة ، تستصحب على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف .

والاعتبارات العملية هى أيضاً لا تمنع بالرأى الذى نذهب إليه من أن :
النقض . فنحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم تنتقل بعد إلى نظام الشهر العيى . فمن المجازفة أن نستعير من نظام الشهر العيى أحد مبادئه الجوهرية ، وهو الحجية المطلقة للسند المسجل ولو طعن فيه بالتواطؤ ، لأننا لم نقرر شخصياً لا نزال الدقة فى تيمى صحة السندات المسجلة تعوز ، ولا يقوم على أمر التدجين فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعويض من يضار به ، كما هو الأمر فى نظام الشهر العيى . يشهد بذلك من تجرؤوا نظام الشهر القائم فى ناسيته العملية (١) .

(١) ويقول الدكتور محمود شوقى ، وكان الأمين العام لصناعة الشهر العقارى ، فى كتابه الصادر ما يأتى : « ونرى أنه يجب الأخذ بالثانى العامة فى شأن كالة المبررات على اعتبار أن التدليس يفسد المبررات المسجلة كما يفسد أى مبرر آخر ، فليس قديماً الذى يأتى كذا يفسد أى مبرر . . . ولا بد من القول بأن قانون تنظيم الشهر العقارى قد أخذ بجميع إجراءات نظام السجل العيى ، وعلى ما يجب أن يكون لإجراء التسجيل بجهة خالصة من الكافة ، بل أننا شاركنا فى ١٩٤٤ لسنة ١٩٤٦ ليس إلا بصورة تيميدية . فحدث فى سبيل الإصلاح كنهان المبررات التى يجب فيه أن يسجل الحق منى . وهذا السجل ما يجب أن يكون عاماً غير مخصص من

وبخاص ما تقدم أنه يجب الوقوف عند الرأي الوسط ، وهو الرأي الذي يدعم نظام التسجيل دون إغراق بعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة التسجيل حسن النية ، حتى لا يتزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسرر تسجيله في حق الغير ، وبذلك تحمي مصالح الناس من أن يعرضها للضياع التدليس والغش .

ونستطيع أن نوجه هذا الرأي ، من الناحية الفنية ، بأحد طريقتين . الطريق الأول ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف (fraus omnia corrumpit) ، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلا ، والتسجيل لا يصححه (١) . والطريق الثاني هو الطعن في العقد المسجل بالدعوى البولصية . ونسائر في هذا الطريق محكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البولصية عندما يتركز حق الدائن في عين مملوكة للمدين . وقد قلنا في الجزء الثاني من الوسيط (٢) في هذا التصدد ما يأتي : « وإذا فرض أن حق الدائن يتركز في عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعوداً ببيع عين أو كان دائناً في وعذرهن أو كان دائناً مرتهاً ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل

= القائم على هذا السجل ، والقائم على أمر السجل يكون عادة قاضياً من القضاة النظاميين . أما هذا النظام العيني المحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل شخصي عموماً ، وهل الأنص في مصر حيث الملكية العقارية ما زالت في حاجة إلى كثير من العناية والدقة لتضبط على أساس سليم » (اشهر العقارى علما وعملا ص ٣١٣ — ص ٣١٤) . (١) أو يقال إن المشتري الثاني المتواطئ مع البائع قد أضرر بالمشتري الأول ، فوجب له التعويض . وغير تعويض هو التعويض العيني ، فلا ينفذ البيع المسجل في حق المشتري الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته في العقار المبيع بتسجيل منده .

وبلاحظ هنا أن المعب ليس هو التسجيل ، بل هو التصرف الثاني ذاته الذي كان محل التسجيل . وسبب المعيب هو الغش أو التواطؤ ، فالغش يفسد التصرف القانوني ، ولا يستطيع التسجيل أن يصحح هذا الفساد .

إجراءات التطهير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إحصار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تنفي بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها (١) . وفي الحالة التي نحن بصدد ها قد تركز حق المشتري الأول في العقار المبيع ، فيعتبر البائع في حالة إحصار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام المشتري الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلاً من التعويض ، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص معسراً حتى لو كانت عنده أموال كافية تنفي بتعويض المشتري الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل منده (٢) .

(١) وجاء في الحاشية رقم ٤ من ص ١٠٣٠ من الجزء الثالث من التوسيط إشارة إلى بعض الفقهاء الذين يقولون بهذا الرأي وهم : لوران ٢٤ فقرة ١٢ - جورييه فقرة ١٢٢ وما بعدها - ريبير في القاعة الخفية في الالتزامات فقرة ١٧٠ - فقرة ١١١ - فورييه ٧ فقرة ١٠٨٠ وما بعدها - بلايول وريبير وروبان ٧ فقرة ٤٣٨ - فقرة ١١٨ - دي غلنن جزء أول في الدعوى البولصية Paulienne فقرة ١٠٠ .

(٢) وهذا ما قلناه في الجزء الثاني من التوسيط ، فقد ثبت أن ما سبق أن أوردناه في هذا العدد بما يأتي : ويرتفع على ما تقدم أنه إذا باع شخص عقاراً ولم يسجل شتره ، ثم يبيع ثانية من شتر آخر ، ويأخذ المشتري الثاني إلى تسجيل قوائم البيع على الإصدار بشرط في الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يطعن في البيع الثالث بالدعوى البولصية ، إذ أن صفته تركز في العقار المبيع ، (التوسيط ٢ من ١٠١٠ حاشية رقم ١) .

ويقر به من هذا ما تقدم به محكمة استئناف مصر في مستند تقاضى رقم ١٠١٠ سجل على ١٠١٠ .

أما البائع بعد ذلك في العقار المبيع المسجل بالمشتري ، فقد ثبت أنه أمكنه بأن عدم تسجيل صفته ببيع لا يملك ولا يملك غيره ، بل بالرد على نفسه أولاً ويملكه المشتري ببيع الالتزامات الالتزامات السابقة ، ولا يملك البائع إلا ما بعد وقوع التسجيل . والمشتري بالتالي هو الأول في الدائن بالالتزامات ، وفيه تركز على كونه المرتهن ، فيجوز له بذلك أن يستأنف

المبحث الثاني

تسليم المبيع

٢٩١ - تسليم المبيع والمحافظة عليه من قبل التسليم فرع عن التزام

البائع بنقل ملكية المبيع : إذا كان البائع ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشتري ، فإن هذا الالتزام فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع . ويتفرع أيضاً عن الالتزام بنقل الملكية التزام البائع بالمحافظة على المبيع إلى أن يسلمه إلى المشتري . ذلك أن المادة ٢٠٦ مدني تنص على أن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم .

فيتفرع إذن عن التزام البائع بنقل الملكية التزامان ، التزام بالمحافظة على المبيع والتزام بتسليمه إلى المشتري . وإذا اتفق الالتزامان في أن كلاهما فرع عن التزام أصلي ، فانهما يختلفان في أن الالتزام بالمحافظة على المبيع التزام ببذل عناية (obligation de moyen) ، أما الالتزام بتسليم المبيع فهو التزام بتحقيق غاية (obligation de résultat) (١) . وسنرى أنه يترتب على أن الالتزام بتسليم المبيع هو التزام متفرع عن التزام بنقل الملكية أن المبيع قبل تسليمه

= نص المادة ٥٢ مدني ويطلب بطلان الوقت الذي أنشأه البائع إصراراً به ، لأن انصراف يمنع المشتري من تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها البائع بمقتضى عقد البيع من تسهيل الإجراءات الموصلة إلى نقل ملكية العين وتسليمها له ومنع تعرضه فيها . ولا محل لقول بالتفاضل بين عقد البيع غير المسجل وحجة الوقت المسجلة ، لأن المقام ليس مقام ترجيح عقد على آخر ، والمشتري بالعقد غير المسجل لا يطالب بحق عيني مثل تثبيت الملكية أو خلافه ، بل يدفع دعوى الوقت بالقول ببطلانه ، لوقوعه إصراراً بحقوقه بصفته دائناً بالتزامات تتركز على العين الموفرة (استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠) .

(١) أما الالتزام بالتسليم في القانون الفرنسي — وفي القانون اللبناني تبعاً له — فليس التزاماً بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية يختلط بالالتزام بالمحافظة على المبيع . فإذا هلك الشيء أو تلف بسبب أجنبي قبل التسليم ، فغجز البائع عن تسليمه دون أن يكون ذلك خطأ منه ، برئت ذمته من الالتزام بالتسليم ، وجاز له أن يطالب المشتري بأمن : فيكون المشتري هو الذي يتحمل تسعة الهلاك ، وسنعود إلى ذلك فيما يلي .

يهلك على البائع ، ومن هنا يجيء أن تبعة الهلاك تدور مع التسليم لا مع نقل الملكية في القانون المصرى .

أما التزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى التسليم ، فهو التزام يبذل عناية كما قدمنا . ومن ثم يكون التزاماً بعمل ، وتسرى عليه المادة ٢١١ مدنى وهى تنص على أنه « فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء . . فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق اعرض المقصود . فاذا بذل البائع فى المحافظة على المبيع إلى وقت تسليمه للمشتري عناية الشخص العادى ، دون أن ينزل عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنيته بماله أقل حرصاً من الشخص العادى ، ودون أن يرتفع عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عنيته بماله أكثر حرصاً من الشخص العادى ، فانه يكون قد وفى بالتزامه . فاذا هلك المبيع أو أصابه تلف بالرغم من أن البائع قد بذل فى المحافظة عليه العناية الواجبة على النحو السالف الذكر ، لم يكره البائع مسئولاً بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، وإن كان يتحمل تبعة الهلاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم كما سنرى . وإذا لم يبذل البائع فى المحافظة على المبيع هذا القدر من العناية كان مقصراً ، فاذا هلك المبيع ، وتلف من جراء هذا التقصير كان ذلك بخطأه . وكان مسئولاً ، بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، عن الضرر الذى أحدثه للمشتري وفقاً للقواعد العامة المقررة فى المسؤولية التعاقدية ، ولا يقتصر الأمر على تحميله تبعة الهلاك بموجب التزامه بالتسليم . ولا مسئولية عليه بطبيعة الحال لو أن الهلاك أو التلف كان بخطأ المشتري ، وتنتفى مسئوليته فى هذه الحالة على أساس الالتزامين معاً التزامه بالمحافظة على المبيع والتزامه بتسليمه ، ويكون المشتري ملزماً بنسلم المبيع على حالته مع دفع ثمنه كاملاً للبائع (١) .

(١) وقد أورد تفنين الموجبات والعقود اقبان هذه الأحكام فى المادتين ١١٥ و ١١٦ منه . فنصت المادة ١١٥ على أنه « إذا هلك الشيء المعين الذى انعقد عليه البيع ، أو أصيب بعيب قبل التسليم ، بسبب فعل أو خطأ أرتكبه البائع ، حق للمشتري أن يعصب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلاً لما نقص من قيمته ، على الشروط التى يقتضهاها يحق له أن يدعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المتليات ، فعلى البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقداراً ، مع

يبقى التزام البائع بتسليم المبيع ، وهو التزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية وفي الوقت ذاته التزام بتحقيق غاية كما قدمنا . فنحتفظ له بهذه السمة (١) ، ونناول بحثه تفصيلا ، لنحدد المحل الذي يقع عليه التسليم ، ولنرى كيف يتم التسليم . ولنعين الجزاء الذي يترتب على إخلال البائع بالتزام التسليم ويدخل في ذلك تبعة هلال المبيع أو تلفه قبل التسليم (٢) .

المطلب الأول

محل التسليم

٢٩٢ - تسليم المبيع بمكانه ومقداره وملحقاته : محل التسليم هو المبيع المتفق عليه في عقد البيع . ويلتزم البائع بتسليمه إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت المبيع ، وبالمقدار الذي عين له في العقد ، وبالملحقات التي تتبعه . فلستعرض هذه المسائل الثلاث : حالة المبيع ومقداره وملحقاته .

= الاحتفاظ بحق المشتري في طلب زيادة بدل العطل والضرر عند الانقضاء . ونصت المادة ٤٦٦ على أنه « إذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه على حاله ، وببضع ثمنه كاملاً » . وهذان النصان ليسا إلا تطبيقاً لقواعد العامة ، فيؤخذ بما ورد فيهما من الأحكام دون حاجة إلى نص .

(١) ونرى أن لتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الملكية أهمية كبيرة ، فإن الالتزام بالتسليم يكون مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، ولا يعتبر تنفيذ الالتزام الثاني كاملاً إلا إذا تم تنفيذ الالتزام الأول . وإذا كان التسليم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم بلغ من الأهمية أن كان هو الذي ينقل الملكية ، فإنه لا تزال له أهميته حتى اليوم ، فهو إذا كان لا ينقل الملكية فإنه يستكمل نقلها من ناحية تحمل تبعة الهلاك على الأقل كما سنرى .

(٢) وقواعد التسليم في البيع هي التي تسرى في مجموعها على كل التزام بالتسليم ، سواء كان التزاماً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كما في المقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح ، أو كان التزاماً مستقلاً كما في الإيجار والغارية . وقد نصت المادة ٥٦٦ مدني في عقد الإيجار صراحة على أنه « يسرى على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسرى على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام ، وعمل الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها » .

١٥ - حالة المبيع

٢٩٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع » (١).
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٩٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٠ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - وبقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٤ (٢) .

وغنى عن البيان أن الالتزام بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تسليم المبيع في حالة جيدة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٤ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ص ٥٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٩ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ٩٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٠ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل لنص التقنين المدني المصري ، ولكن هذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فيمكن الأخذ به في القانون العراقي : انظر الأستاذ حسن الدنون فقرة ١٦٦ - فقرة ١٦٧ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٩٣ - فقرة ٣٩٥ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١٤ . يجب تسليم المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع ، ولا يجوز للبائع بعد ذلك أن يغير حالته . (وهذا يطابق الحكم الوارد في نص التقنين المدني المصري) .

أو في حالة مطابقة للعينة أو غير ذلك (١) مما يتفقان عليه بموجب شرط خاص ومن ثم وجب أن نبين كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع ، وما الحكم إذا تغيرت هذه الحالة عند التسليم ، وما الذي يترتب على وجود انقلاق خاص بين المتبايعين بعين الحالة التي يكون عليها "التسليم" .

٢٩٤ - كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع : قدما أن المبيع يجب أن يكون معينا تعيناً كافياً ، وهذا التعيين الكافي ينطوي دون شك على وصف لحالة المبيع وقت البيع . والفروض - كما نقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) - أن المشتري قد رأى المبيع أو علم به علماً كافياً . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ، هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، يقضى بأن يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن أحكامه « مستفادة من القواعد العامة » (٣) . فالبايع إذن يلتزم بتزويد المشتري بالبيانات اللازمة للكشف عن حالة الشيء وقت البيع ، كأن يعين له حدود العين المباعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، ومشتملات العين ، ودرجة جودتها ، ونحو ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع . وهذه هي الحالة التي يلتزم البائع أن يسلم بها المبيع إلى المشتري (٤) ، ما لم يوجد إتفاق

(١) مثل ذلك أن يكون المبيع عقاراً مرهوناً وقت البيع ، فيتفق للمتبايعان على أن يسلم البائع المشتري العقار خالياً من الرهن بعد شطبه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٨٦ هامش ٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) فإذا كان المبيع أرضاً داخلة في مشروع تقسيم (plan de lotissement) ، وجب تسليمها في الحالة التي هي عليها في مشروع التقسيم بما يشتمل عليه من شوارع وميادين ، ولكن ليس من الضروري إنشاء هذه الشوارع والميادين في صورة نهائية مادامت قد شقت وأصبحت ميسرة للاستعمال العام (استئناف محتلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٣٩ - ١٨ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٤٣ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩) . وليس البائع في هذه الحالة ملزماً بإنشاء الشوارع والميادين ، ولكن يجب أن يترك المسافات اللازمة لها (استئناف محتلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٥) ، وأن يجعل المشتري ينفع بها (استئناف محتلط ٧ يريه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ =

خاص على غير ذلك (١).

وإذا كان المبيع من المثلثات التي لم تعين إلا بالنوع ، لم يكن من المستطاع تعيين حالة المبيع وقت البيع . لأنه غير معين بالذات في هذا الوقت . وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدني ببيان الحكم في هذا الفرض ، فنصت على ما يأتي : « ويمكن أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، ألزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط . » فالخالة التي يجب تسليم المبيع عليها في هذا الفرض يعينها الاتفاق الخاص إن وجد ، فإلا لم يوجد اتفاق خاص عينها العرف أو أية ظروف أخرى ملازمة . فإذا لم توجد هذه ولا ذاك ، وجب تسليم المبيع من صنف متوسط ، لا من صنف جيد حتى لا يغبن البائع ، ولا من صنف رديء حتى لا يغبن المشتري (٢) .

(= ص ٣٢١) ، والمشتري صفة في طلب عدم الميثاق التي تقام في الدوائر المصنعة (استئناف مخطط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٤) . أما إذا وقف النافع بقية الأرض المصنعة ولم يتم بشق الشوارع والميادين ، جاز للمشتري سحب البيع (استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨١ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٧) .
وإذا كانت الأرض المبيعة ليس لها ممر يصلها بالطريق العام ، ملها النافع المشتري حل هذه الحالة ، ولا يكون ملتزماً بإيجاد ممر لها إلى الطريق العام إلا بشرط خاص (استئناف مخطط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ - ٩٠ ص ١٠٢) .

(١) أو عرف متبع ، وذلك كاخانة التي يسلم بها البائع القطن المبيع ، فيرجع إلى العرف في تحديد هذه الحالة وفي تعيين مرتبة القطن بحسب المعارف في مدينة البصل (استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١٧) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ - بودري وصينيا فقرة ٣١٢ .
وإذا كانت حالة المبيع غير الحالة الواجبة ، كان على المشتري وقت تسلّم البضاعة أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة معاينة البضاعة أو تعيين خبير لمعاينتها ، وكذلك يجوز للبائع ، إذا ادعى أن الحالة هي الحالة الواجبة ، أن يطلب هذه المعاينة (استئناف مخطط ٣ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٣٩ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٥) . أما إذا قبل المشتري المبيع واستعمله مدة طويلة ، فليس له بعد ذلك أن يشكو أن فيه عيباً أو أنه ليس على الحالة الواجبة (استئناف مخطط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٢١ ص ١٧٩) .

٢٩٥ - تغير حالة المبيع : والتزام البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع معناه أنه لا يجوز له أن يغير من هذه الحالة ، بل يجب عليه أن يحافظ عليها حتى يسلم بها المبيع إلى المشتري .

والمفروض بقاء الشيء على أصله ، فالحالة التي يكون عليها المبيع وقت التسليم يفترض أن تكون هي نفس الحالة التي كان عليها وقت البيع . فإذا تسلم المشتري المبيع دون أن يعترض ، وسكت مدة كافية يفترض فيها أنه عاين الشيء فارتضاه ، فليس له بعد ذلك أن يمتنع بأن المبيع لم يكن في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، إذ أن سكوته هذه المدة يدل إما على أن المبيع وقت التسليم كان في نفس حاله وقت البيع ، وإما على أن هناك فرقاً بين الحالتين ولكن هذا الفرق قد تسامح فيه وزل عن حقه في التمسك به (١) .

أما إذا اعترض المشتري عند تسلمه المبيع ، أو عند معاينته له واختباره إياه بعد التسلم ، بأن المبيع قد تغيرت حالته عما كانت عليه وقت البيع ، فعلى البائع عبء إثبات أن المبيع لم يتغير حالته عما كان عليه وقت البيع ، لأنه هو المدين بالتزام التسليم وهو الذي يقوم بتنفيذه ، وعلى المدين إثبات براءته من الالتزام (٢) .

(١) استئناف غنط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٩ (وهما المكان المشار إليها في الحاشية السابقة) . هذا وقد قضت المادة ٩٩ من التقنين التجاري ، في العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، بأن استلام الأشياء المنقولة يردفح أحبة النقل بطلان لكل دعوى على أمين النقل وعلى الوكيل في ذلك بالعمولة ، إذا كان المبيع الذي حصل فيها ظاهراً من خارجها . وأما إذا كان غير ظاهر ، فيجوز إثباته بمصرقة محضر أو شيخ البلد . ولكن لا تقبل الدعوى بالمبيع المذكور إلا إذا حصل الإخبار بها في ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت الاستلام ، وقدم الطلب في مدة في ظرف ثلاثين يوماً ، ويضاف إلى هذين اليمادين مهلة مسافة الطريق . وعلى من البيان أن هذه الإجراءات والمواهب القصيرة لا تنطبق إلا في العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، ولا محل لتطبيقها في العلاقة بين البائع والمشتري ، فلو سكت المشتري مدة أطول من المدة المنصوص عليها في المادة ٩٩ تجازى لا يفتقد حقه بمجرد هذا السكوت ، إلا إذا تبين من الظروف أنه قصد النزول من صفقه (انظر بودوي وسيشيا نفرة ٣١٢ مكررة ثانياً ويشيران إلى المادة ١٠٤ تجاري فرضي) .

(٢) بودوي وسيشيا نفرة ٣١٢ مكررة رابعاً - دى باج ٤ نفرة ٩٩ - الأستاذ عبد النعم البودوي نفرة ٢٤٢ - الأستاذ عبد الشرف نفرة ٩٠ - ١٩٢٠ ص ١٥٤ . =

فان ثبت تغير في حالة المبيع وكان هذا التغير ضاراً بالمشتري ، كان البائع مسئولاً عن ذلك ، سواء كان التغير بخطئه أو بفعله أو بفعل الغير ، ويرجع البائع على الغير إذا كان هناك وجه للرجوع . ذلك أن البائع ملتزم بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، وقد ثبت أن المبيع قد تغيرت حالته تغيراً ضاراً بالمشتري . فعلى البائع تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إن أمكن ، بأن يعيد المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت البيع إذا كان هذا مستطاعاً ، وإلا كان للمشتري الحق في الرجوع عليه بالتعويض ، بل له أن يطالب بفسخ البيع وبالتعويض معاً إذا كان هناك وجه لذلك كما سئى . وغنى عن البيان أنه إذا كان التغير بخطأ المشتري أو بفعله ، فعليه هو مغبة ذلك ، وليس له الرجوع بشيء على البائع .

وإذا كان التغير الضار بالمشتري قد وقع بقوة قاهرة أو بخادث فجائى ، لم يزل البائع هو المسئول عنه على النحو الذى قدمناه ، لأن التزامه بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول ، ويعتبر محلاً لهذا الالتزام إذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبي (١) . ويتفرع على ذلك أن المبيع إذا هلك هلاكاً كلياً أو هلاكاً جزئياً

== وإذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، فإذا كانت قد وصفت حالتها في عقد البيع ، وادعى المشتري أنها عند التسليم لا تطابق هذه الحالة ، فعلى البائع أن يثبت مطابقة البيع للحالة الموصوفة في عقد البيع ، لأنه هو المدين بتسليم المبيع في هذه الحالة التي كان عليها وقت البيع ، فعليه عبء إثبات أنه وفى التزامه على هذا النحو كما سبق القول . وإن كان المبيع لم توصف حالته في عقد البيع ، فالمفروض بقاء الشيء على أصله ، وأن المبيع لم يتغير حالته عند التسليم عما كان عليه وقت البيع ، وإذا ادعى المشتري غير ذلك فعليه هو عبء الإثبات . وقد قلنا أن لكل من المشتري والبائع أن يطلب من قاضى الأمور المستحيلة معانة المبيع أو تعيين حيز لمعاينته (انظر آنفاً فقرة ٢٩٤ في الهامش) ، وهذا مما ييسر الإثبات على كل منهما .

(١) ويجب التمييز بين رجوع المشتري على البائع بالتنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ لعدم مطابقة حالة المبيع للحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبين رجوع المشتري على البائع بالعيب الخفية في المبيع . فعدم المطابقة يفترض أن حالة المبيع تختلف وقت التسليم عنها وقت البيع ، أما العيب الخفى فيفترض أن المبيع بحالته وقت البيع إلا أن فيه عيباً خفياً لم يكن المشتري يهره . ودعوى الفسخ لعيب الخفى تسقط بسنة من تاريخ تسليم المبيع ، أما دعوى الفسخ لعدم المطابقة فلا تسقط إلا بحسب عشرة سنين .

قبيل التسليم ، كانت تبعة الهلاك أو التلف على البائع كما سنرى .

وقد تنبهر - ألة المبيع وقت التسليم إلى حالة أفضل عما كانت عليه وقت البيع . فإن كان هذا التغير بسبب أجنبي . كأن التحق طمى بأرض زراعية فزادت ، فإن الزيادة تكون من نصيب المشتري لا يدفع في مقابلها شيئاً للبائع ، إذ أن للمشتري تمام المبيع من وقت البيع كما أن له ثمراته . وإن كان التغير بفعل البائع ، كأن أدخل على المبيع تحسينات أو أقام فيه بناء ، اعتبر أنه قد فعل ذلك في ملك الغير وهو عالم بذلك ، وبهذا قضت محكمة النقض (١) كما سبق القول . فإن كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات نافعة أو أقام بناء ، جاز للمشتري أن يطلب من البائع الإزالة على نفقته مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يطلب استبقاء التحسينات أو البناء مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع منافع يساوي ما زاد في ثمن المبيع بسبب هذه الأعمال . ويجوز للبائع أن يطلب ربح ما استحدثه إن كان ذلك لا يلحق بالمبيع ضرراً ، إلا إذا اختار المشتري أن يستبقيه طبقاً للأحكام المتقدمة (٢) . وإذا كانت التحسينات كمالية ، فليس للبائع أن يطلب بتعويض عنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد المبيع إلى حالته الأصلية وقت البيع ، ما لم يختار المشتري أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحقة الإزالة (٣) . أما إذا كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه من الهلاك أو من التلف ، فإنه لا يرجع بشيء مما أنفق على المشتري ، فقد قدمنا أن تبعة الهلاك أو التلف على البائع .

— ويجب التمييز كذلك بين دعوى عدم المطابقة هذه ودعوى الغلط في المبيع ، إذ الغلط يفترض أن إرادة المشتري معينة فهو حالة نفسية ، أمام عدم المطابقة فهو - مادية . والغلط جزاءه دعوى إبطال وتسقط بثلاث سنوات ، أما عدم المطابقة فالدعوى فيه لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة كما قدمنا . وكالغلط عدم العلم الكافي بالمبيع أو خيار الرؤية (انظر الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٢٥٣ ويشير إلى تعليقات الأستاذ هيسار في المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٤٨ من ١٥٧ وص ٣٦٠) .

(١) نقض مدو ٨ دسبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .

(٢) ان في كل ذلك المادتين ٩٢٤ و ٩٨٠/٢ مدني .

(٣) ان المادة ٩٨٠/٣ مدني .

وغنى عن البيان أن البائع إذا كان يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي هو عليها وقت البيع ، فمن باب أولى يلتزم بتسليم نفس المبيع لا بشيء آخر ولو كان خيراً منه ، وبكل المبيع لا بجزء منه لأن الوفاء الجزئى لا يجوز إذا لم يرض به الدائن ، فإذا كان المبيع من المتعلقات وجب تسليمه كله دفعة واحدة لا جزءاً فجزءاً (١).

٢٩٦ - ومورد اتفاق خاص على حالة المبيع : وقد قدمنا أن التزام

البائع بتسليم المبيع فى الحالة التى كان عليها وقت البيع على النحو الذى بطناه إنما يقوم إذا لم يكن هناك اتفاق خاص بين المتبايعين . فإذا كان هناك هذا الاتفاق الخاص ، فإنه هو الذى يسرى . والمشتري هو المكلف بإثبات وجود الاتفاق ، فإذا أثبتته وجب على البائع أن يثبت أن المبيع وقت أن سلمه كان فعلاً فى الحالة المتفق عليها (٢) .

وقد يتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المبيع فى حالة جيدة . فيجب عندئذ أن يقوم البائع بهذا الالتزام فيسلم المبيع فى حالة جيدة ، ولو كانت حالته وقت البيع لم تكن جيدة بعلم المشتري ، بل كانت متوسطة أو رديئة ، ويكون على البائع إذن أن يحسن حالة المبيع حتى تنقلب إلى حالة جيدة وقت التسليم . فإذا لم بفعل ، وكانت الحالة التى عليها المبيع فعلاً تفوت على المشتري غرضه من الشراء ، كان للمشتري مطالبة البائع بالتنفيذ العيني ، كما أن له أن يطالب بفسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى . أما إذا كانت حالة المبيع لا تفوت على المشتري غرضه ، فإن البيع لا يفسخ ، بل يكون للمشتري المطالبة بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر (٣) .

وقد يتفق المتبايعان على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم مطابقة لعينة متفق عليها ، وعندئذ يجب أن يكون المبيع وقت التسليم مطابقاً لهذه العينة ، على النحو الذى بطناه عند الكلام فى البيع بالعينة (٤) .

(١) بودى وسبينا فقرة ٣١١ ص ٣١٣ وفقرة ٢٥

(٢) بودى وسبينا فقرة ٣١٢ مكررة رابعا .

(٣) بودى وسبينا فقرة ٣١٢ مكررة أولا

(٤) انظر أيضاً فقرة ١٢٥ - وانظر المادة ٤٢٠ مدد

٥٢ - مقدار المبيع

٢٩٧ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٣٣ من القانون المدني

على ما يأتي :

« ١ - إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد ،

« ٢ - أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري ، إذا كان المبيع غير قابل للتعبير ، أن يكس الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه .

وتنص المادة ٤٣٤ على ما يأتي :

« إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً (١) .

(١) تاريخ النصوص : م ٤٣٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٤ من المشروع التمهيدى

على الوجه الآت : « ١ - إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً على هذا القدر حسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري . « ٢ - أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد ، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد . وقد أقرت لجنة المراجعة النص مع تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٦ في المشروع النهائي - وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبارة « إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً » بعبارة « إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً » في صدر الفقرة الأولى . ووافق مجلس النواب على هذا التعديل . وفي لجنة الشيوخ اعترض على عبارة « عديم الجدوى » الواردة في الفقرة الأولى ، إذ ما من عقد إلا وله جدوى . ورأت اللجنة أن تستبدل في الفقرة الأولى بعبارة =

وتقابل هذه النصوص في الضمن المنطى السابق المراد ٣٦٣/٢٩٠ -
٣٧٠/٢٩٦ (١).

= «إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصح نزع العقد هدم الجسامة بحيث أنه لو كان يمس لما أتم العقد . . وكرر عبارة » إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يمس لما أتم العقد . . وكرر في تقرير اللجنة أنه « قد جعل أساس الفسخ هدم إتمام العاقد للعقد لو أنه كان يعلم بوجود النقص » أخذاً بالمعيار للقيام الذى وضع في شأن الفسخ . . وأضافت اللجنة إل الفقرة الثانية عبارة « إذا كان المبيع غير قابل للتبغيره لزيادة الإبضاح . فأصبح البصر بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقم ٤٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته تحت (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ وصر ٦١ - ٦٣) .

م ٤٣٤ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٥ من المشروع التهديى مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٧ من المشروع التهديى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٤ - ص ٦٦) .
(١) التقنين المدنى السابق م ٣٦٣/٢٩٠ : على البائع أن يلم المبيع بمقداره أو وزنه أو مقامه المبين له في عقد البيع .

م ٣٦٤/٢٩١ - ٣٦٥ : الأشياء التى يقوم بمصها مقام بعض إذا بيعت حملة وتعين مقدارها مع تعيين الثمن باعتبار أحادها ، ووجد مقدارها الحقيقي أقل من المقدر في العقد ، فلتشترى الخيار بين فسخ البيع وبين إبقائه مع تنقيص الثمن تنقيصاً نسبياً . وإذا زاد الموجود عن المقدار المعين ، فالزيادة للبائع .

م ٣٦٦/٢٩٢ : إذا كان المبيع من الأشياء التى تقاس أو تكل أو توزن ولا يمكن انقسامه بغير ضرر ، وكان قد تعين في عقد البيع مقدار المبيع وثمنه باعتبار أحادها ، من حالة وجود نقص أو زيادة في المقدار المعين ، يكون للمشتري الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ الموجود بالكماس مع دفع ثمنه بالنسبة لقدره الحقيقي . أما إذا كان الثمن تعين جملة ، فلتشترى الخيار بين فسخ البيع وبين أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٦٧/٢٩٣ : لا يجوز لمشتري فسخ البيع في الأحوال المذكورة في المادة السابقة ، إذا كان الفسخ زائداً على نصف ثمن المعين .

م ٣٦٨/٢٩٤ : إذا كان هناك وجه لفسخ البيع ، ففعل البائع رد الثمن الذى تحسبه مع رسوم العقد والمصاريف التى صرفها المشتري بموافقة القانون .

م ٣٦٩/٢٩٥ : وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالفشل الواقع فيه يسقط حقه في اعتبار فسخ البيع ، إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً .

م ٣٧٠/٢٩٦ : حق المشتري في فسخ البيع أو في تنقيص الثمن ، كذلك حق البائع في طلب تكميل الثمن ، يسقطان بالسكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد . (ملاحظاً : كان مالك شيئاً فيما إذا كانت مدة المدة سنة أو مدة تقادم ، وعدم التمييز بين المدة سنة أو مدة تقادم ، بل أن المدة مدة تقادم) .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

= وقد ورد في المذكرة الإيضاحية ... وع التمهيد في شأن نصرة التقنين المدني السابق ما يأتي :

" يتصل بتحديد البيع أن يكون البائع قد حصل لشئ قدر معيناً منه ، كما إذا كان المبيع قطعة أرض ويبتع هل أنها كذا متراً أو كذا فدانا ، إذا كان المبيع بوجه عام شيئاً ما يعد أو يوزن أو يقاس أو يكال . وقد تضمن التقنين الحال (السابق) نصوماً كثيرة في هذا الموضوع . .

وهي نصوم مأخوذة من الشريعة الإسلامية (مرشد الحيران م ٤٤٨ - ٤٥٣ - المجلد م ٢٢١ - ٢٢٩) ونحو في الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض بين ما لا يضره التبعيض وما يضره . ففي الحالة الأولى : إذا تعين مقدار المبيع مع تعيين الثمن بسعر الوحدة ، فالزيادة للبائع ، لأن المبيع لا يضره التبعيض ولم تدخل فيه الزيادة . وإذا نقص المبيع ، فللمشتري أن يفسخ البيع أو يقيه . بنقص الثمن ، ولا يجوز الفسخ إلا إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين . ولم تعرض النصوص لحالة ما إذا تعين الثمن جملة واحدة ، ولكن الظاهر أن هذه الأحكام نفسها هي التي تنطبق . أما إذا كان المبيع يضره التبعيض ، وتعين ثمنه بسعر الوحدة ، فإن زاد أو نقص ، كان للمشتري بالخيار بين الفسخ (إذا كانت الزيادة أو النقص أكثر من واحد على عشرين) أو إبقاء البيع مع دفع الثمن بنسبة القدر الحقيقي ، لأن تجزئة المبيع في هذا الغرض لا تجوز إذ التبعيض يضر . فإذا تعين الثمن جملة واحدة ، وزاد المبيع أو نقص ، فللمشتري الخيار بين الفسخ إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين ، أو إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يزيد الثمن أو ينقص هنا . ويعملون ذلك بأن المبيع لا يقبل التبعيض وقد بيع بثمن مسمى جملة واحدة ، فبيان مقدار المبيع في مثل هذه الظروف يكون على سبيل الوصف ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن . وإنما أعطى للمشتري حق الفسخ في صورة النقص ولم يعط للبائع هذا الحق في صورة الزيادة ، لأن المبيع كان في يد البائع لا في يد المشتري ، وإذا عذر المشتري الذي يجهل حالة شيء لا يمكن في يده . فلا عذر للبائع في أمركا كانت الخطة تقضى عليه فيه أن يتبين قدر ما يبيع قبل الإقدام على بيعه - ولم ير المشروع أن يورد كل هذه التفصيلات ، وبعضها يمكن في استخلاص القواعد العامة ، وبعضها يخطئ على شيء من التحكم ويحسن تركه للظروف واتفاق المتعاقدين . فاقصر على نص يعتبر تلخيصاً لما تقدم من الأحكام ، وهو منقول عن التقنين البولوني والمشروع الفرنسي الإيطالي . ويقضى هذا النص بأن البائع يضمن للمشتري القدر الذي عينه للبيع حسب ما يقضى به العرف ، وقد يقضى بالمجازاة من قدر مسموح به زيادة أو نقصاً . ومعنى الضمان أن المبيع إذا نقص عن القدر المعلن ، كان للمشتري أن يفسخ إذا كان النقص جسيماً . . (ولا يشترط أن يكون النقص واحداً على عشرين) ، أو أن ينقص الثمن بقدر ما أصابه من الضرر (وليس من الضروري أن يكون إنقاص الثمن بنسبة ما نقص من المبيع ، فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك) . ولا فرق في حالة نقص المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، وبين ما إذا كان الثمن محدداً بسعر الوحدة أو مقدراً جملة واحدة . أما إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على المقدار المعلن - وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - لذلك يبقى البيع ولا يطالب المشتري بزيادة الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك . فإذا عين الثمن بسعر الوحدة ، فلا تمييز بين ما يضره التبعيض =

المادتين ٤٠١ - ٤٠٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٢٢ - ٤٢٣ - وفي
التقنين المدني العراقي المواد ٥٤٣ - ٥٤٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ٤٢٢ - ٤٢٧ (١) .

= وبين ما لا يضره ، بل يكمل المشتري الثمن في الحالتين بقدر زيادة المبيع ، فان كانت جسيمة
جاز له أن يطلب فسخ العقد . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست إلا تطبيقاً لقواعد
العامّة وتفسيراً لنية المتعاقدين ، ولا تنبهر من النظام العام ، فهي تطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف
يقضى بغيرها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ - ص ٦١) . ويلاحظ أنه أدخل على
فصوص المشروع تعديل في لجنة الشيوخ كما سبق القول ، يقضى بأنه في حالة الزيادة ، إذا كان
الثمن معيّناً بسعر الوحدة ، وجب التمييز بين ما إذا كان المبيع يضره التبييض أولاً يضره ، وقد أورد
النص الحكم في حالة ما إذا كان المبيع يضره التبييض ، وسكت عن حالة ما إذا كان المبيع
لا يضره التبييض ، ويبدو أن للزيادة في هذه الحالة تكون - نفعاً كما سيأتي .

ثم جاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية في خصوص المادتين ٣٦٨/٢٩٥ و ٣٦٩/٢٩٥ :
« ولم ير المشروع محلاً للفسخ في أثر الفسخ (م ٣٦٨/٢٩٥) فهو خاضع لقواعد انقضاء
ولا تلغى على أن وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالنفط الواقع فيه يسقط حقه في اختيار
فسخ البيع إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً (م ٢٩٦/٢٩٥) ، فإن هذا الحكم
ظاهر لا حاجة للنص عليه ، بل إن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن - لا الفسخ وحده - يسقط
إذا دلت الظروف على أن المشتري قد تنازل عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .
هذا وقد أخذت نصوص التقنين المدني السابق - كما جاء في المذكرة الإيضاحية - من مجموع
أحكام الفقه الإسلامي (انظر في أحكام الفقه مصادر الحق في الفقه الإسلامي للعوّاف جزء ٣
ص ٧٦ - ص ٧٩ - وانظر في تفسير هذه النصوص الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي
فترة ٣٢٥ - ٣٢٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠١ - ٤٠٢ (مطابقان مادتين ٤٣٣ - ٤٤٣ من التقنين المدني
المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى أنزورقا فقرة ١٠٦ - فقرة ١١٣) .
التقنين المدني الليبي م ٤٢٢ - ٤٢٣ (مطابقان للمادتين ٤٣٣ - ٤٣٤ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٤٣ : « إذا بيعت بجملة من المسكيات أو بجملة من الموزونات
أو المذروعات التي ليس في تبقيها ضرر أو العدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى منها
جملة أو بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع
وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . وإذا ظهر المبيع زائداً ، فالزيادة للبائع .
م ٤٤٤ : « - إذا بيعت بجملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبقيها ضرر أو من
العدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى منها جملة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، فلتشتري =

١- تعرض هذه النصوص لفرض ما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وقد

= فسخ البيع أو أخذه المبيع بكل الثمن ، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذه المتأخر المبرور
عمت من الثمن .

٢- وإذا وجد المبيع زائداً ، فالزيادة للمشتري ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن
يعطى البائع عوضاً في مقابل الزيادة .

م ٥٥٥ : إذا بيعت جملة من الموروثات أو المذروعات التي في تمييزها ضرر أو من المديات
المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً عند التسليم ،
فلمشتري فسخ البيع أو أخذه بثمن .

م ٥٤٦ : ١- في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة لا يكون للمشتري الحق
في الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع ، إلا إذا كان النقص أو الزيادة
قد حازر خمسة في المائة من القدر المحدد للثمن المبيع .

٢- وعلى كل حال لا تسع دعوى المشتري أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء
ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليمياً فعلياً .

(تنفذ هذه الأحكام مع أحكام التقنين المدني المصري فيما عدا أمرين : (١) تحديد الزيادة
أو النقص في التقنين العراقي بخمسة في المائة . (٢) تحديد مدة عدم سماع الدعوى في التقنين العراقي
بثلاثة أشهر ، وفي التقنين المصري مدة التقادم سنة . انظر في القانون المدني للعراق الأستاذ
حسن الذنون فقرة ١٧١ - فقرة ١٧٧ - الأستاذ عباس الصراف فقرة ٣٩٦ - فقرة ٤٠٢) .
تقنين الموجبات والمقود للبيان م ٤٢٢ : إن البائع ملزم بتسليم محتوى المبيع كما نصر عليه
في العقد ، مع مراعاة التعديلات التي بيّناها .

م ٤٢٣ : إذا بيع عقار مع تعيين محتواه وسعر الوحدة القياسية ، وجب على البائع أن يسلم
المشتري ، عند نشئه ، الكمية المبيّنة في العقد ، وإذا لم يتمكن من ذلك أو ينشئه به المشتري ،
تحتم على البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن . أما إذا وجد المحتوى زائداً عما هو معين في العقد ،
وكانت الزيادة جزءاً من عشرين على المحتوى المعين ، فلمشتري أن يختار إما أداء الزيادة في انفس
وإما الرجوع في العقد .

م ٤٢٤ : إذا كان عقد الشراء ، في الأحوال المعينة في المادة السابقة ، يفسخ بالرجوع إلى
مدرجات حرائط المساحة ، فلا وجه لرفع نفس أو خفضه إلا إذا كان الفرق المتحقق بعد القياس
يتجاوز النذر المتسامح به .

م ٤٢٥ : إذا عقد البيع على عين معينة محدودة أو على عقارات متشعبة مستقلة ، سواء بدىء
بتعيين القياس أو بتعيين المبيع ثم اقياس بعده ، فإن بيان القياس لا يحول البائع عن استعادة الثمن
إذا وجد القياس زائداً ، ولا المشتري حق تخفيضه إذا وجد ناقصاً .

م ٤٢٦ : وفي جميع الأحوال التي يستعمل فيها المشتري حق الرجوع عن العقد يجب على البائع
أن يرد إليه الثمن إذا كان قد قبضه ومفقات العقد أيضاً .

م ٤٢٧ : إن دعوى البائع لاستعادة الثمن ودعوى الشاري لتخفيضه أو لفسخ العقد يجب أن
تقام في يوم التعاقد ، وإلا سقط الحق في إقامتهما .

(وبمصر التقنين البيان مأخوذة من مصوص التقنين الفرنسي المواد ١٦١٦ - ١٦٢٣)

عين مقداره في عقد البيع (١) ، فأصبح البائع ضامناً للمشتري هذا المقدار المعين . مثل ذلك أن يكون المبيع أرض بناء معينة فذكر في العقد أن مساحتها ألف متر ، أو أرضاً زراعية معينة فذكر أن مساحتها خمسون فداناً ، أو شيئاً معيناً مما يعد أو يوزن أو يكال أو يقاس فبيع جراًءاً وذكر أن مقداره عشرون هدأً أو رطلاً أو أردباً أو ذراعاً . وفي هذه الأحوال إذا كان المبيع يشتمل على المقدار المعين ، لا أقل ولا أكثر ، فالعقد ماض بما ورد فيه ، ولا يرجع أحد المتبايعين على الآخر بشيء . لكن قد يقع أن يكون مقدار المبيع أقل من المقدار المعين في العقد ، وقد يقع أن يكون أكثر ، فنشأ عن ذلك دعوى يرجع بها أحد المتبايعين على الآخر . فنبحث إذن : (١) حالة نقص المبيع ، (٢) وحالة زيادة المبيع ، (٣) والدعاوى التي تنشأ من هذا النقص أو الزيادة .

٢٩٨ - حالة نقص المبيع : إذا وجد بالبائع نقص ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب إعمال الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف الجاري في التعامل ، وقد يكون النقص مما جرى العرف بالتسامح فيه وعندئذ لا يرجع المشتري على البائع بشيء من أجل هذا النقص (٢) . فإذا كان النقص محسوساً لا يتسامح فيه ، كان

(١) أما إذا لم يعين مقداره ، ثم ظهر أقل مما يعتد المشتري أو أكثر مما يعتد البائع فلا يطن في العقد إلا بالغلط إذا توافرت شروطه (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ ص ١٣٢) .

(٢) استئناف مخطوط ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٩ - ٥ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٩٦ - وفي بيع المحصول إذا قدر برقم معين ونقص عن هذا الرقم ، لم يكن البائع مسئولاً عن هذا النقص إذا هو أثبت أنه بذل العناية المألوفة في الزراعة (استئناف مخطوط ٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٨) . فإذا طرأ طارئ ، كنعق في مياه الري أو فيضان ، وجب عليه إخطار المشتري حتى يتمكن هذا من المعاينة والتحرط بقدر الإمكان ، وإلا كان البائع مسئولاً (استئناف مخطوط أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٨ - ٣ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١١ - ١٢ يناير ١٩١١ م ٢٣ ص ١١١ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٠٧ - ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ - أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٠ - ٢٧ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٢ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٩٦ ص ٢١٩ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٨ =

للمشتري أن يرجع على البائع بتعويض بسبب هذا النقص . وقد يكون هذا التعويض إنقاصاً للثمن بنسبة ما نقص من مقدار البيع ، ولكن هذا لا يتحقق بالتعويض بقدر الضرر ، وقد يصيب المشتري ضرر أكبر من ذلك أو أقل فيتقاضى تعويضاً بقدر ما أصابه من الضرر . فإذا كان النقص جسيماً بحيث لو كان يعلمه المشتري لما رضى أن يتعاقد ، جاز له أن يطلب فسخ العقد .

ويلاحظ أن المشرع ، عندما جمل جزاء النقص في مقدار البيع دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ ، لم يميز بين ما إذا كان البيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له وبين ما إذا كان الثمن قد قدر بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة ، ففي جميع هذه الفروض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى فسخ البيع . وقد كان التقنين المدني السابق يميز بين ما إذا كان البيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له . ففي حالة ما إذا كان المبيع قابلاً للتبعض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ (م ٣٦٤/٢٩١ مدني سابق) ، سواء قدر الثمن بسعر الوحدة أو قدر جملة واحدة . وفي هذا يتفق أحكام التقنين السابق مع أحكام التقنين الجديد ، غير أن التقنين السابق كان يحتم إنقاص الثمن بنسبة النقص في مقدار البيع (م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق) ، وكان لا يجعل للمشتري دعوى الفسخ إلا إذا كان النقص في مقدار المبيع يزيد على ١/٢٠ (م ٣٦٧/٢٩٣ مدني سابق) . وفي حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتبعض ، وكان الثمن قد قدر بسعر الوحدة ، كان للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ على النحو المقدم (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) . أما إذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة والمبيع غير قابل للتبعض ، فلم يكن للمشتري إلا دعوى الفسخ إذا كان النقص

= ص ١٦) . ويجب أن يكون البيع واقعاً على محصول الأرض لا على كمية معينة (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩) . وقد يشترط البائع عدم ضمان العجز فلا يضمن (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٢) وقد يشترط المشتري على البائع ضمان العجز فيضمن (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩١) وقد يكون تحديد الكمية في ظروف تمكن البائع من التثبت من مقدار المحصول على وجه الدقة فينفذ هذه الكمية (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٢٤) .

يزيد على ١/٢٠ ، أو إبقاء البيع بكل الثمن المتفق عليه (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) ، فلم يكن يجوز إنقاص الثمن على خلاف حكم التقنين الجديد (١) . وذلك أن التفتين السابق كان يعتبر القدر في المبيع إذا بيع بشئ مقدراً بجملة واحدة وصفاً لا أصلاً ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، فإذا نقص القدر لم ينقص الثمن .

٢٩٩ - حالة زيادة المبيع : وإذا وجد بالمبيع زيادة ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب العمل بهذا الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالمعرف . فإن لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، وجب التمييز بين ما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة (٢) أو مقدراً بجملة واحدة .

فإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبعض ، فالزيادة للبائع . ذلك أن الزيادة لم تدخل في البيع ، والمبيع لا يضره التبعض (٣) . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق (م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق) . وإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبعض ، فالنص صريح في أنه يجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فميجوز له أن يطلب فسخ العقد (م ٢/٤٣٣ مدني) . ذلك أن القدر في المبيع ، وإن كان المبيع غير قابل للتبعض ، يعتبر أصلاً لا وصفاً مادام الثمن

(١) فادأ أبرم العقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، وإلا فيسرى التقنين الجديد .

(٢) ويكون الثمن مقدراً بحساب الوحدة ولو ذكر في العقد إل جانب سعر الوحدة مجموع الثمن ، فالجميع في هذه الحالة لا يمس أن يكون عملية حسابية هي حاصل ضرب سعر الوحدة في مجموع الوحدات (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الخلال وحامد زكي فقرة ٣٢٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى ص ٣٩٦ هامش ١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور . ص ١٣٤ هامش ٢) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، هو تجعل قدر المبيع وصفاً لا أصلاً - فلا يقابله شيء من الثمن - إذا كان الثمن قد قدر بجملة واحدة ، دون تمييز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له . ويترب على ذلك أن تكون الزيادة للبائع إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وتكون للمشتري إذا كان الثمن مقدراً بجملة واحدة (مجموعة الأعمال التمهيدية ٤ ص ٦١) .

قا قدر بحساب الوحدة ، والأصل مقابل بالثمن . فإذا زاد المبيع وجب
للمشتري نكلة الثمن بما يناسب الزيادة ، وكان للسابع حق الرجوع
على المشتري بدعوى نكلة الثمن على هذا النحو . لكن قد تكون الزيادة
حسبة بحيث تكون نكلة الثمن المناسبة لهذه الزيادة من شأنها أن تجبر المشتري
بزهده في المبيع ويولد لو أنه لم يتعاقد ، في هذه الحالة يجوز للمشتري أن يطلب
فسخ البيع ، فلا يعود ملزماً بنكلة الثمن . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً
في التفسير المدني السابق ، فكان المشتري بالخيار بين نكلة الثمن أو فسخ البيع ،
إلا أنه كان لا يجوز له طلب الفسخ إلا إذا كانت الزيادة في المبيع أكثر
من ١/٢٠ (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) .

وإذا كان الثمن مقدراً حلة واحدة ، فسواء كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير
قابل له ، فالظاهر ، بالرغم من سكوت النص ، أن قدر المبيع في هذه الحالة
بمقدار الأصل على النحو الذي أشرنا إليه فيما تقدم ، والوصف لا يقابله
من الثمن . ومن ثم يكون للمشتري أن يأخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ،
وأن يدفع شيئاً للبائع في مقابل الزيادة . ويؤيد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية
للمشروع التمهيدى من أنه « إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً حلة واحدة ،
فإن المتعاقدين قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على التدر المعين -
وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - ولذلك
يجوز البيع ، ولا يطالب المشتري بزيادة في الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق
على غير ذلك (١) » . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التفسير المدني السابق
م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) .

٣٠ - تقادم الدعوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته :
وبخلص بما قد ساء أنه ينشأ عن نقص المبيع أو زيادته دعوى ثلاث : (١) دعوى
إنقاص الثمن ، تكون للمشتري إذا كان هناك نقص في المبيع على النحو الذي

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ من ٦١ - ويظهر هذا الحكم أنه البيع كان في يد البائع
وكان في يده أن يغير مقداره - عادة فصر في دقيق ، وبما به يضمن مقداراً واحدة ، وليس
له أن يجمع بينه وبين كل ذلك بل أنه الراس هذا الثمن في كل المبيع

قدمناه. (٢) دعوى فسخ البيع ، تكون للمشتري أبناً إذا كان هناك نقص جسيم في البيع ، أو كانت هناك زيادة وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة. (٣) دعوى تكملة الثمن ، تكون للبائع إذا كانت هناك زيادة في البيع وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة

وقد راعى المشرع في هذه الدعاوى الثلاث وجوب استقرار التعامل ، فيجعلها كلها تتقادم بمدة قصيرة هي سنة واحدة (م ٤٣٤ مدني) ، حتى لا يبقى البائع (١) مهلاً مدة طويلة يرجع المشتري عليه بانقاص الثمن أو بفسخ البيع ، وحتى لا يبقى المشتري كذلك مهلاً مدة طويلة يرجع البائع عليه بتكملة الثمن (٢).

(١) والبائع هو المشتري ولو كان قبل البيع شريكاً في الشئ ثم أفرز نصيبه وباعه مفرزاً ، فإن الشريك الآخر لا شأن له بالعجز الذي يظهر في المبيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت حالة الشريكين بين الشريكين قد زالت بقسمة الأرض بينهما ، وأصبح كل منهما وقت أن تصرف في حصته مالكاً لها مفرزاً محضاً ، فإن أيهما لا يضمن في هذه الحالة إلا المساحة التي يبيعها هل التحديد في عقد البيع ، ولا شأن للآخر بأى عجز يظهر في المبيع . وذلك لأن تحميل كل منهما نصيباً من العجز لا يكون إلا مع بقاء حالة الشئ بينهما ، أما بعد القسمة فإن كلا منهما يتحمل العجز الذي وقع في الحصة التي اختص بها (نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٩ ص ٧٢) .

(٢) ويسرى هذا التقادم حتى لو كان البيع بالمراد الجبري (استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٣ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٠٠ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٥) - هذا ولا تسمى مدة التقادم هذه إلا لعجز أو زيادة في مقدار المبيع الذي تعين في العقد . أما إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب المشتري لقطعة أرض أخرى يدعي أن البيع يتناولها ضمن المبيع ، أو بطلب البائع استبعاد قطعة أرض يدعي أن البيع لا يتناولها ، أو كان البيع يتناول قطعاً مختلفة من الأرض وتبين أن قطعة منها لا يملكها البائع فرفع المشتري دعوى الضمان ، أو كان الشئ مقدراً تقديراً وقتياً على أن يقدّر نهائياً بعد تقرير المبيع - فن جميع هذه الأحوال لا تتقادم الدعوى - وهي ليست دعوى عجز أو زيادة - بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة وهي المدة العادية للتقادم (استئناف وطني ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٤ ص ٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٤١ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٤٣ ص ٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٥ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ - ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٥ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٩ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٣ - ٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٨٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٩٢ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٨٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٠ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٤ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٧ - أوبره ، ورق ، ...

ويبدأ سريان التقادم من وقت تسليم المبيع تسليمًا فعلياً ، ففي هذا الوقت يستعين المشتري أن يتبين ما إذا كان البيع فيه نقص بوجب إنقاص الثمن أو فسخ البيع ، أو فيه زيادة توجب عليه تكملة الثمن فيبادر إلى طلب الفسخ حتى يتوق دفع هذه التكملة . ومن ثم اشترط القانون بأن يكون التسليم تسليمًا فعلياً ، إذ التسليم الفعلي وحده دون التسليم الحكي هو الذي يهيئ أسباب العلم بما تقدم . وانفسخ المجال للبائع نفسه إلى وقت تسليمه المبيع للمشتري تسليمًا فعلياً ، فلا يسرن تقادم دعواه بتكملة الثمن إلا من هذا الوقت ، لأنه يتبين عادة في هذا الوقت ما إذا كان بالبيع زيادة تجعل له الحق في طلب تكملة الثمن (١) .

= فقرة ٣٥٤ ص ٥٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٩٠ ص ٢٢٠ - ص ٣٢١ وص ٣٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٩ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٥٧ و فقرة ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٥) . ولا تسرى مدة السنة على الدعوى المبنية على تعهد خصم صى حصل بعد عند البيع الأصل وتعهد فيه المشتري بدفع ثمن الزيادة التي تظهر في مساحة الأطنان المبيعة (استئناف وطني ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٧ ص ١٩٣) .

ولا يجوز الاتفاق على زيادة السنة أو على إنقاصها ، لأن المادة ٣٨٨ مدني قد قضت بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف على المدة التي عينها القانون (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٣٩ ص ٢٥٠ - قارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٥٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن اتفاق الخصوم على ميعاد للمطالبة بقيمة المبيع أو الزيادة فيه لا يمكن أن يترتب عليه تغيير في المدة المقررة لسقوط هذا الحق ، وإنما يترتب عليه فقط عدم سريان مدة السنة إلا من تاريخ الميعاد المتفق عليه (استئناف وطني ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٣٢٥) . ولكن يجوز أن يسقط حق المشتري في الرجوع على البائع بسبب عجز المقدار قبل انقضاء السنة ، إذا وضع يده على المبيع وهو عالم بإمكانه ما يفهم منه أنه نزل نزولاً ضئيلاً عن حقه (انظر م ٢٩٦/٢١٥ مدني سابق وقد تقدم ذكرها آنفاً فقرة ٢٩٧ في الهامش - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٥ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٩٠ ص ٣٢٤ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٠٠ هامش ١) .

وجوز إبداء الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم لانقضاء سنة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف وطني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٦ ص ٢٩) .

(١) وغني عن البيان أنه إذا سقطت دعوى ابائع بتكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت التسليم للعمل ، لم يعد هناك مقتضى لدعوى المشتري بفسخ البيع لئيفادى دفع تكملة الثمن ، فإن هذه التكملة لن تطلب منه لسقوط دعواها بالتقادم ، هذا إلى أن دعوى الفسخ في هذه الحالة تكون هي أيضاً قد سقطت بالتقادم مع سقوط دعوى تكملة الثمن ..

وقد كان التقنين المدني السابق هو أيضاً يجعل مدة التقادم لهذه للدعوى الثلاث سنة واحدة (١) ، ولكنه كان يجعل السنة تسري من وقت البيع (م ٢٩٦/ ٣٧٠ مدني سابق) ، أى في وقت يصح ألا يكون المشتري أو البائع قد علم فيه بسبب نشوء دعواد ، ومن أجل ذلك كان هذا الحكم موضع انتقاد (٢) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر في عهد التقنين المدني السابق بأن مدة السنة هي مدة سقوط لا مدة تقادم (استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ أحمدة ١٠ رقم ٢/٤٢٦ ص ٨٦٥) . ولكنها قضت بأنه إذا صادف اليوم الأخير من السنة عطلة رسمية ، امتد الأجل إلى اليوم التالي استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٢/٣١٤ ص ٦١٩) .

(٢) ولذلك كان القضاء في بعض أحكامه يحسم مبدأ سريان السنة من وقت التسليم للفعل (استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ١/٣١٤ ص ٦١٩ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨١ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٧) . ولكنه في أكثر الأحكام كان يجعل مبدأ السريان من وقت العقد تطبيقاً للنص الصريح (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٢٢ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ - ١٤ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٤٩ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٢٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٤ - ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣١ ص ٢٠٠ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ - ٥ يونيو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٨٧ - ١٤ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٠) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن اتفاق المتبايعين على مقياس المبيع في وقت معين لمعرفة المجرز أو الزيادة يجعل مبدأ سريان التقادم هو وقت المقاس لا وقت العقد (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٦) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « يتبين مما تقدم في المادة السابقة - أن هناك حالات يطلب فيها المشتري إنقاص الثمن إذا نقص المبيع نقصاً غير جسيم ، أو الفسخ إذا نقص المبيع أو زاد بقدر جسيم ، وهناك حالات يطلب فيها البائع تكملة الثمن إذا زاد المبيع زيادة غير جسيمة أو زيادة جسيمة لم تحمل المشتري على طلب الفسخ . ففي هذه الحالات جيباً تسقط الدعوى في الفسخ أو في انقاص الثمن أو في زيادته بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليمًا حقيقياً . وهذا الحكم أصحح عيباً في التقنين الحالي (السابق) ، إذ جعل للتقادم يسرى لا من وقت العقد (م ٢٩٦/ ٣٧٠) ، بل من وقت التسليم الحقيقي للمبيع ، فلا يمكن التسليم الصوري . وظاهر أن التسليم الحقيقي وحده هو الذى يمسى للمشتري وللبائع كشف حقيقة النقض أو الزيادة في المبيع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .

ويلاحظ أنه إذا أبرم عقد بيع قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ونشأ عن هذا العقد دعوى انقاص ثمن أو فسخ أو تكملة ثمن لوجود نقص أو زيادة في المبيع ، فإن التقادم يسرى من وقت للمنفذ وفقاً لأحكام التقنين المدني السابق . أما إذا كان البيع قد أبرم في تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التقنين الجديد هي التى تسرى ، ولا يبدأ التقادم إلا من = (م ٣٧ - الوسيط ج ٤)

وعنى عن البيان أن مدة السنة لا توقف بسبب عدم توافر الأهلية ولولم يكن
لدائن نائب يمثله قانوناً (م ٢/٣٨٢ مدني) ولكنها تكتزن قابلة للانقطاع (١).

§ ٣ - ملحقات المبيع

٣٠١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٢ من التقنين المدني
على ما يأتي :

« يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال
هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد
المتعاقدين (٢) » .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٨٥ - ٢٨٩ وطني والمواد
٢٥٨ - ٣٦٢ مختلط (٣) .

= وقت تسليم المبيع تدليماً فعلياً . وقد ورد نص صريح في هذه المسألة ، اذ نصت المادة ٢/٧
مدني على ما يأتي : « على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة بيده التقادم ووقفه
وانقطاعه ، وذلك على المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » .

(١) الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٦٠ ص ٢٠٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :

« ١ - يشمل التسليم ملحقات شيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً
لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . ٢ - فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع
الأحكام الآتية ، ما لم يقض العرف بغير ذلك : (أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المنبثقة فيه الملحقة به ،
ولا يشمل منفرداً يمكن فصله دون تلف . (ب) بيع الأراضي الزراعية لا يشمل ما فضج من
الحصول . (ج) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مفروسة ، ولا يشمل الثمار الناضجة .
ولا الشجيرات المرروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل . (د) بيع الحيوان يشمل صفاره التي يرصها
كما يشمل الصوف والشعر المهبأ بالجزء » . وفي لجنة المراجعة حذف الفقرة الثانية « لأنها تتضمن
تفصيلات لا ضرورة لها » ، وبقيت الفقرة الأولى وحدها مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين
المدني الجديد ، وأصبح النص رقمه ٤٤٤ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس
التاريخ تحت رقم ٣٢٢ : (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٤ - ص ٥٥ وص ٤٧) .

(٣) التقنين المدني السابق م ٣٥٧/٢٨٥ : يجب أن يكون التسليم شاملاً لتسليم وللمبيع ما يمد

من الملحقات الضرورية له . يجب جاز المبيع وقصد المتعاقدين .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢١ - وفي التقنين المدني للعراق المادتين ٥٣٦ - ٥٣٧ وفي تقنين المرجبات والعقود البناني المواد ٤١٨ - ٤٢١ (١).

= م ٣٥٨/٢٨٦ : في حالة عدم وجود شرط في عقد البيع تتبع القواعد المقررة في الأحوال الآتية بيانها ، إن لم يقض عرف الجهة بغير ذلك .

م ٣٥٩ مختلط : بيع أبقرة الحلوب يشمل ولدها الرضيع .

م ٣٦٠/٢٨٧ : بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المفروسة ، ولا يشمل الأثمار النضجة ولا الشجيرات الموضوعة في الأوعية أو في بقعة مخصوصة منه المعدة لفسح .

م ٣٦١/٢٨٨ : بيع الأرض لا يشمل ما فيها من الممروروات .

م ٢٨٩ وطني : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التي يمكن ندها بدون تلف .

م ٣٦٢ مختلط : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التي يمكن نقلها بدون تلف . فضلا عن ذلك يتبع في هذه المادة عرف البلد .

(ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، لا سيما إذا رجعنا إلى ما حذف من نص المشروع التمهيدي فيما قدّمناه باعتباره تطبيقات للقواعد العامة) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠٠ (مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصري وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٧ - دائرة ١٠٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢١ ، مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٣٦ : على الساع أن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن ...

م ٥٣٧ : يدخل في البيع من غير ذكر : (أ) ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً إلى الغرض من الشراء ، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبعيمها الرضيع . (ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة ، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدوده والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي لدار ، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المفروسة على سبيل الاستقرار . (ج) كل ما يجري العرف على أنه من مشتلات المبيع . (وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٨ - فقرة ١٧٠ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٨٥ - فقرة ٣٩٢) .

تقنين المرجبات والعقود البناني م ٤١٨ : موجب تسليم الشيء يشمل ملحقة :

م ٤١٩ : أن تسليم المتعار يشمل أيضاً الثوابت الحكيمة ، فهي تعد حتماً من ملحقات المبيع .

م ٤٢٠ : يشمل بيع الحيوان : أولاً صغيره الرضيع .

ثانياً : الصوف أو الشعر الذي حل مبيعات جزء .

تتسلم المبيع يشمل إذن تسليم ملحقاته . ونحدد أولاً ما هو المقصود بالملحقات ، ونورد بعد ذلك تطبيقات مختلفة تحده ما تشتمل عليه الملحقات في حالات معينة .

٣٠٢ - تحديد معنى ملحقات المبيع : تقول المادة ٤٣٢ مدني كآرأنا ،

إن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . وبوهم النص أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المبيع غير ملحقاته والواقع غير ذلك فكل ما أعد لاستعمال الشيء المبيع بصفة دائمة يعد من ملحقاته (١) فلزم إذن تحديد ما هو المقصود بملحقات الشيء .

يحد هذا الغرض التمييز بين ملحقات الشيء وبين ما يقرب منها وقد يختلط بها فالشيء يشتمل على أجزائه ، وهذه ليست من الملحقات بل هي الأصل . فالدار مثلاً تشتمل على الأرض التي تقوم عليها والبناء القائم بما يدخل فيه من طبقات ، وتشتمل كذلك على السلم والردهات والحديقة إن وجدت وسور الدار إن كانت لها سور قائم ونحو ذلك . فهذه كلها أجزاء الدار وليست ملحقاتها . ونماء الشيء ليس من ملحقاته ، بل هو يدخل في أصل الشيء ، ويتميز بأنه أصل حادث وجد بعد البيع . فاذا بيع حيوان مثلاً ، فناء الحيوان أي كبره في الفترة ما بين البيع والتسليم داخل في أصله وليس ملحقاً به ، وإن كان قد حدث بعد البيع . والتحاق طمى بأرض زراعية يعتبر نماء للأرض ويدخل في أصلها ، ولا يعتبر من ملحقاتها (٢) ، وقد حدث هذا أيضاً بعد البيع (٣) . ومنتجات (produit) الشيء ليست من أصله ، بل هي تتولد منه وليكن بصفة عارضة بصفة دورية . فالمعادن التي تستخرج من باطن المنجم ، والأحجار التي تقطع من المحاجر ، وولد الحيوان الذي يولد بعد البيع لا قبله (٤) ، كل هذه منتجات

== م ٤٢١ : إن المقررات والأشياء الزمنية الموجودة ضمن شيء من المنقولات لا تحب داخلة في البيع ، إلا إذا نص على العكس .

(وأحكام الفنين اللبناني تنفق مع أحكام الفنين المصري) .

(١) بودري وسبب : فقرة ٣١٤ من ٢١٧ .

(٢) قارن بودري وسبب : فقرة ٣١٦ .

(٣) أنص : أنصاً فقرة ٣٩٥ .

(٤) أما تيمية فقد يكون من المنتجات .

الشيء ، فلا تدخل في أصله ، ولا تعتبر من ملحقاته . وثمرات (fruits) الشيء هي أيضاً ليست من أصله ولا تعتبر من ملحقاته ، بل هي ما يتولد من الشيء بصفة دورية ، كمحصولات الأرض وثمار الأشجار وريع الدور وأرباح الأسهم والسندات .

أما ملحقات (accessoires) الشيء فهي ليست من أصله ، ولا من ثمراته . ولا من منتجاته ، ولا من ثمراته . فهي شيء غير الأصل والثمار ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ، وهذا ظاهر . وهي ليست متولدة من الأصل ، لا بصفة عارضة كالمنتجات ، ولا بصفة دورية كثمرات ، وهذا أيضاً ظاهر . بل هي شيء مستقل عن الأصل ، غير متولد منه ، ولكنه أعد بصفة دائمة - لا بصفة وقتية - ليكون تابعا للأصل وملحقاً به ، وذلك حتى ينهيا للأصل أن يستعمل في الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال . فالملحقات هي إذن ما يتبع الأصل وبعد بصفة دائمة لخدمته ، أو كما تقول المادة ٤٣٢ مدني هي وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة أرضه ، فانها لا تعتبر من الملحقات .

واعتبار أن شيئاً ما يعتبر من ملحقات شيء آخر ، على الوجه الذي قدمناه ، أو لا يعتبر ، يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر في اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات (١) ، أو إلى عرف الجهة كما هو الأمر في عدم اعتبار المشاتل والشطأ من الملحقات ، وهذا كله مالم يوجد اتفاق بين المتبايعين . فالأصل إذن أنه إذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات ، وجب اعتباره كذلك ووجب أن يشمل التسليم . وإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع العرف ومطابقة طبائع الأشياء ، مع الاستهداء بالتطبيقات المختلفة التي سئوردها .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم بإزالة البناء الذي أقامه المدعي عليه في الأرض التي اشتراها مؤسسا على أن المشتري إذ قبل شراء الأرض مشقة بحق ارتفاق مطلق محكوم به في مواجهة البائع ، فقد التزم - التزاماً شخصياً - بالامتناع عن انتعاش لمن تقرر له حق الارتفاق فهذا الحكم يكون موافقاً للقانون ، ولا يصح الطعن فيه بقوله إنه إذ اعتبر الحكم الذي تقرر من الارتفاق في مواجهة البائع - على المشتري رغم عدم زجيه قد عاثت نص المادة الثانية من قانون التسجيل (نقش) دلي ١٢ يناير ١٩٤٩ بمرسوم رقم ٣٧٣ من ٢٠٢) .

المشتري بتملك أصل البيع ونمائه بعقد البيع ، لأن الأصل والنماء - وهو
- من الأصل - يدخلان مباشرة في العقد . ويتملك المنتجات والثمرات لأنه
ملك للأصل الذي تولدت منه المنتجات والثمرات ، ومن ملك الأصل ، من
ما تولد منه . ويتملك الملحقات لأنها تدخل ضمناً في عقد البيع ، وبشملها التزام
التسليم . ونرى من هذا أن ملكية المشتري للثمرات ترجع إلى سبب غير السبب
الذي يملك به الملحقات ، وقد صيقت الإشارة إلى ذلك (١) .

٣٠٣ - تطبيقات مختلفة في صفقات البيع : ونورد بعض تطبيقات

توضح ماهي الأشياء التي يمكن اعتبارها ملحقات للمبيع في أحوال معينة .
فالمبيع بوجه عام ، أي كان ، تلحق به الأوراق والمستندات المتعلقة به ،
كاستندات الملكية (٢) ، وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسرى في حق
المشتري وصورة من المستندات التي يستبقيها البائع لتضمنها حقوقاً أخرى غير
حق المشتري (٣) . ويلحق بالمبيع أيضاً حقوق الارتفاق التي قد تكون له ،
وكذلك بوالص التأمين التي قد تكون معقودة لتأمينه ويكون المشتري بالنسبة
إلى هذه البوالص خلفاً خاصاً (٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٣ .

(٢) استئناف مخطوط ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م
٢٧ ص ٢٥٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٧ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٩ م
٣٢ ص ٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١٥ (حتى لو اشترط البائع ضمان
الاستحقاق) .

(٣) أنظر المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد وتنص على أن « يلتزم البائع
أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم الأوراق والمستندات المتعلقة
بهذا الشيء » . وقد سبق القول إن هذه المسألة قد حذفت في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من
القواعد العامة : أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ؛
ص ٥٢ - ص ٥٣ - وانظر ص ٥٥ هامش رقم ١

(٤) وكذلك تنتقل الدعاوى التي تكون للبائع بالنسبة إلى الشيء المبيع ، كما لو كان المسح
أرضاً ونزعت ملكية جزء منها فينتقل التمييز إلى المشتري ، وكذا إذا كان المبيع منزلاً منتزلاً
إلى المشتري دعوى البائع بالنسبة . نيل المهندس والمقاول اللذين قاما ببناء المنزل (بلانيول وريبير
وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠) ، ولكن لا تنتقل الدعوى التي لا يجل فيها المشتري محل البائع =

وإذا كان المبيع منزلاً ، ألحق به الأشياء المثبتة فيه ، ولا تدخل في الملحقات المنقولات التي يمكن فصلها دون تلف . ويترتب على ذلك أن الأمان المثبتة في المطابع والمغاسل (بنوار) المثبتة في الحمامات تعتبر من ملحقات المنزل المبيع ، ولا تلحق به المرايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة (١) .

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، دخل في الملحقات حقق الارتفاق لما قدمنا ، والمزروعات غير الناضجة دون المزروعات الناضجة فهذه لا تدخل (٢) . ودخل في الملحقات أيضاً الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام (م ٥٣٧ مدني عراقي) . فإذا كان المبيع «عزبة» ، دخل في ملحقاتها المواشي والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالتخصيص ، وكذلك المخازن ووزاري المواشي وبيوت الفلاحين

= كخلف خاص ، من ذلك دعاوى التعويض التي تكون لبائع عن إتلاف أو تخريب المبيع من الغير وقع قبل البيع ، ومن ذلك دعوى العين التي قد تكون لبائع قبل بانه (أسيكليدي دالوز ه لفظ Vente فترة ١٠٥٠ - فترة ١٠٥١) . وتنتقل إلى المشتري دعاوى الضمان - ضمان الاستحقاق وضمان الميوب الخفية - التي لبائع قبل بانه (أسيكليدي دالوز ه لفظ Vente فترة ١٠٧١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوحاً فيه كل ما يحدث المستأجر في الأعيان من إصلاحات أو إنشاءات تكون ملكاً للمستأجر ، ثم باع المزرع هذه الأعيان ، فكل الحقوق التي كتبها المزرع قبل المستأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع ، فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري ، وتباً لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المستأجر بتعويض الضرر الناتج من فعله غير المشروع بتلك الأعيان (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٦ ص ٨٢) .

- (١) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٥٦ .
- (٢) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٥٦ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بيع الأرض الزراعية لا يشمل المحصول الذي حصده البائع وخزنه إلا إذا وجد اتفاق على العكس . والذي يدخل هو المحصول الذي لم ينضج باعتباره من ملحقات الأرض ، أما ما نضج منه ويمكن جنيهه قد تمت تصير فلا يدخل (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٤٧ ص ١١٢) . ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ٤٢ ص ٤٢ (لا يدخل المحصول القائم ولو كان غير ناضج دون اتفاق) : أنظر فيها القمح ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٤ ص ٥٤ - كحفر مدر ٨ يوليو سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٤ ص ٦٤ .

نحو ذلك (١). وكذلك يدخل من هذه الملحقات بلسبة ما يباع من العزبة على الشبوع ، أما إذا بيعت العزبة أجزاء مفردة لم تدخل هذه الملحقات تبعاً لأى جزء مفرد منها ، بل تبقى للبائع (٢) .

وإذا كان المبيع بستاناً (أرض جناب) ، دخل فى ملحقاته الأشجار المفروسة والثمار التى لم تنضج ، بل لعل هذه تعتبر أجزاء المبيع لا مجرد ملحقات . ولا يدخل فى الملحقات الأنهار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة فى أوعية أو التى أعدت للنقل (الخطأ أو المشغل) (٣) .

وإذا كان المبيع مصنوعاً ، دخل فى ملحقاته المخازن التى تودع فيها المصنوعات . المنازل التى أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعهم ونحو ذلك . وإذا كان مبيع متجراً ، فإن البضائع وعقد إيجار المكان الذى أقيم فيه المتجر والاسم التجارى (٤) وماركة الفابريكة ، والعملاء وحقود المستخدمين والعمال والتزامات

(١) وإذا بيعت أرض زراعية ، لم يدخل دون ذكر فى ملحقاتها بيوت ومبان تكون عزبة مستقلة ، وبخاصة إذا كانت مساحة هذه العزبة تصل إل فدان والأرض المبيعة كلها لا تزيد على ٤٢ : أنا (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧) - ولا يدخل دون ذكر الموائى فى الأرض الزراعية التى امتنع - البائع نقلها بسبب إجراءات صحة (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٨) . ويدخل تبعاً للأرض النخل المزروع فيها (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٥) . ويقضى بحرف بالادخل لشرائى دون ذكر (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٥) . أما الدوار فيحسب قصد المتبايعين (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦١) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يدخل فى بيع الأرض ما هو عليها عند البيع من أبنية أو رابورات أو موائى أو ما أشبه ذلك إذا لم يذكر صراحة فى عقد البيع دخولها ضمن المبيع ، فإذا كانت الأرض مشغولة بالأبنية أو الرابورات وكان نص عقد البيع قاصراً على الأرضى اعتبر البيع من الأرض فقط (استئناف وطنى ٣ يونيو سنة ١٩٠١ المفرق ١٦ ص ٢٢١) ، ولا تدخل فى بيع الأرضى المخازن المدة لحفظ الحصاد حتى المبنى منها فى الأرضى ، لا الآلة البخارية لرى هذه الأرضى مع رى غيرها ، إذا لم يذكر شئ صريح فى عقد البيع استئناف وطنى ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ ص ١٦٨) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣١٥ .

(٣) المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٤) مع إضافة عبارة قيد خلافة المشترى البائع فى متجره إذا كان الاسم التجارى هو الاسم لسمى البائع .

للتجبر ودبونه ، كل هذا تعتبر عناصر المتجر ، فهي أجزاؤه وليست مجرد ملحقات له (١). أما ملحقاته فهي بوليصة التأمين إن وجدت ومستندات الملكية ودفاتر الحسابات وعناوين العملاء ونحو ذلك .

وإذا كان المبيع حيواناً ، دخل في ملحقاته الولد الرضيع ، لا الذي شب عن الرضاع إذا كان قد ولد قبل البيع ، أما إذا ولد بعد البيع فهو من متجانه ويدخل في البيع كما قدمنا . ودخل أيضاً الصوف الشعر ولو كان مهياً للجز (٢) ، بل إن ذلك قد يعد من أجزاء المبيع .

وإذا كان المبيع سيارة ، فإن عجلاتها وأدوات الإدارة فيها تعتبر من أجزائها . أما الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها (٣) .

وإذا كان المبيع مؤلفاً أو لوحة رسم أو تمثالاً أو غير ذلك من الأعمال الأدبية والفنية ، فإن حق طبعه مرة أخرى - طبع الكتاب أو تصوير اللوحة أو عمل نموذج من التمثال - يكون من ملحقات المبيع (٤) . ولكن إذا باع المؤلف عدداً محدوداً من النسخ من مؤلفه دون أن يبيع حقه كؤلف ، لم يجوز للمشتري أن يعيد طبع الكتاب . وإذا كان المبيع اختراعاً (brevet d'invention) ، دخل في ملحقاته المستندات التي تشتمل على سر الاختراع وكيفية الاستفادة منه إفادة كاملة (٥) .

(١) قارن بودرى وسينيا فقرة ٣٢٠ . وقد نصت المادة ٤ من قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية وورثتها على أنه « لا يقع امتياز البائع إلا على أجزاء المحل المبنية في المقعد ، فإذا لم يعين على وجه الدقة ما يتناوله الامتياز ، لم يقع إلا على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإجارة والاتصال بالملاء والسمة التجارية » . وهذا التحديد خاص بما يتناوله امتياز البائع لا بعناصر المبيع ، لأن العناصر يدخل فيها دون شك البضائع والمهمات والسلع (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٠٨ ص ٢٥٨) .

(٢) المشروع التهديوي والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ - وانظر المادة ٢٠ من تقنين الموجبات والعقود البناني (انظر آتياً فقرة ٣٠١ في الماشر) .

(٣) وإذا كان المبيع طيارة ، دخل في ملحقاتها الترخيص المجدد لها في الطيران ، لاسيما إذا كان المشتري قد اشترط ذلك على البائع (استئناف محتاط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٣٢٣ . ومع ذلك فقد قضى قانون ٩ أبريل سنة ١٩١٠ في فرنسا بأن حق الطبع لا يدخل في البيع إلا بشرط خاصر (كولان وكابيهان ٢ هرة ٨٩١ ص ٥٩٧) .

(٥) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠ .

وإذا كان المبيع أسهماً وسندات ، فإن قسائم الأرباح (الكوبونات) المستحقة قبل البيع لا تدخل في الملحقات إلا باتفاق خاص ، أما قسائم الأرباح التي تستحق بعد البيع (١) فهي من الثمرات لا من السندات . وإذا ربح السند حائزة اعتبرت جزءاً من السند ، أو هي في القليل من منتجاته .

وإذا كان المبيع منقولاً آخر ، دخل في ملكه ثمة للصندوق الذي يحتويه ، وجد ، ومستند ملكيته . ولكن لا يدخل في الملحقات الأشياء الثمينة التي قد توجد ضمن المنقول ، كما إذا بيعت ساعة من فضة فلا يدخل في ملحقاتها السلسلة الذهبية التي قد تكون أكبر قيمة من الساعة ذاتها (٢) .

المطلب الثاني

كيف يتم التسليم

٣ - طريقة التسليم وزمانه ومكانه ونفقته : يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المعينين . ونفقات التسليم تكون في الأصل على البائع .
نبحث إذن : (١) طريقة التسليم (٢) زمان التسليم ومكانه (٣) نفقات التسليم .

١٥ - طريقة التسليم

٣٠٥ - النصري القانونية : تنص المادة ٤٣٥ من القانون المدني على ما يأتي :

١٥ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام البائع

(١) استئناف محظوظ ٣ د يور سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٥ .

(٢) آخر المادة ٤٢١ من قانون الميراث والعقود البناني (آفاق ٢٠١ في الهامش) .

قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .

٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٧١/٢٤٢ - ٢١٠/٣٤٤ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٦ من المشروع النهائي على الوجه الآتي :

١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن هذا من حيازة والانتفاع به دون عائق ، حتى لو لم يستول عليه احتيلاً مادياً ، مادام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه .
٢ - ويكون تسليم المبيع على النحو الذي يتفق مع طبيعته . فيتم تسليم العقار بتسليم المفاتيح أو مستندات التملك ، أو بتسليم البائع له . ويكون تسليم المنقول بسلطة أو بتسليم مفاتيح المكان الذي يوجد فيه ، أو بتحويل سند الإيداع أو التخزين ، أو بتسليم هذا السند . ويتم تسليم الحق بتسليم سنده ، أو بالتأجيل في استعمال هذا الحق ، وإذا كان استعمال الحق يستلزم حيازة شيء وجب على البائع أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء دون عائق .
٣ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد الاتفاق إذا كان البيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية . وفي حقه مراجعة : « است الفترة الثانية » .
نصها : « وأصبحت المادة رقمها ٤٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة الشيوخ استبدلت عبارة « مادام البائع قد أسلمه بذلك » بعبارة « مادام يعلم أن المبيع تحت تصرفه » ، وقد قصد بهذا التعديل ضبط الحكم ، وأصبحت المادة رقمها ٤٢٤ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٧ وص ٦٩ - ص ٧١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٧١/٢٤٢ : تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف

المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع . ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يتسلمه بالفعل . م ٢٧٢/٢٤٢ : يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب جنسها ، فتسليم العقار إذا كان من الباقي يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه ، وإذا كان عقاراً آخر بتسليم حقيقته ، وهذا وذلك إن لم يكن مانع لو وضع يده المشتري عليه . وتسليم المنقولات يكون بالسلطة من يد إلى يد ، أو بتسليم مفاتيح الخازن الموضوعة فيها تلك المنقولات . ويجوز حصول التسليم بمجرد إرادة المتعاقدين إذا كان البيع موجود تحت يده المشتري قبل البيع لسبب آخر . م ٢٧٢/٢٤١ : تسليم مجرد احتراق يكون تسليم سندها ، أو بتحويل البائع لأخرى بالانتفاع بها إن لم يردده ، أو ببيع من الانتفاع بالشيء . (لا تخلط أحكام التقنين السابق من أحكام التقنين الجديد) .

المادة ٤٠٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ١٠٨ - ٥٤٠ وفي تقنين الموجبات والعقود البناني المواد ٤٠٢ - ٤٠٤ (١).
وبئين من النص أن التسليم إما أن يكون تسليماً فعلياً أو تسليماً حكماً .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٣ (مطابقة للمادة ٤٣٥
من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١١٦ -
فقرة ١٣٠) .

التقنين المدني الليبي م ٢٤٤ (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٣٨٨ : ١ - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتسبب به المشتري من قبضه دون حائل . ٢ - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذناً من البائع له في القبض .
م ٥٣٩ : إذا كانت الدين الجبينة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك ، فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة .
م ٥٤٠ : ١ - إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائنه ، أو باعته منه ، أو وجهه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع .
٢ - وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو رهنه أو تصرف في أي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد قام هذا العمل مقام قبض المشتري .
(والأحكام في التقنين العراقي لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٨ - فقرة ١٦٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٧٢ - فقرة ٣٨٤) .

تقنين الموجبات والنسرد البناني م ٤٠٢ : التسليم هو أن يضع البائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع أن يضع يده عليه وأن ينتفع به بدون مانع .
م ٤٠٣ : يتم التسليم على الأوجه الآتية : أولاً - إذا كان المبيع عقاراً فبالتخلية عنه وتسليم مفاتيحه عند الانقضاء ، بشرط ألا يلاق المشتري إذ ذاك ما يحول دون وضع يده على المبيع . وثانياً - إذا كان المبيع من المنقولات ، فبالسليم الفعلي أو بتسليم مفاتيح المباني أو الصناديق المحتوية على تلك المنقولات أو بأية وسيلة أخرى مقبولة عرفاً . ثالثاً - يتم التسليم ، حتى بمجرد قبول المتعاقدين ، إذا كان إحضار المبيع غير ممكن في ساعة البيع ، أو كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري لسبب آخر . رابعاً - ويتم أيضاً بتحويل أو تسليم شهادة الإيداع أو سند الشحن أو وثيقة النقل إذا كان المبيع أشياء مودعة في المستودعات العامة .

م ٤٠٤ . إن تسليم المبيعات غير المادية ، كحق مرور مثلاً ، يكون بتسليم الاستناد التي تثبت وجود الحق ، أو بإجازة البائع للمشتري أن يستعمله بشرط ألا يحول حائل دون هذا الاستعمال - وإذا كان موضوع الحق غير مادي وكان استعمله يستوجب وضع اليد على شيء ما ، فعل البائع حينئذ أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع .
حكام في التقنين البناني لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري) .

٣٠٦ - التسليم الفعلي : يكون التسليم الفعلي ، كما نقول النقرة الأولى

من المادة ٤٣٥ مدني فيما قدمناه ، بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه بذلك . فالتسليم الفعلي ينطوي إذن على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري : وبشروط حتى يعتبر المبيع موضوعاً تحت تصرف المشتري أن يكون هذا متمكناً من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك (١) . ولكن لا يشترط أن تنتقل الحيازة فعلاً إلى المشتري بحيث يستول على المبيع استيلاء مادياً ، وما دام المشتري متمكناً من هذا الاستيلاء فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ، حتى قبل أن يستول المشتري على المبيع (٢) ، وحتى لو لم يستول عليه أبداً (٣) . ذلك أنه كما نقول الملاحظة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٤) - إذا كان التسليم التزاماً في ذمة البائع ، فإن التسليم ومع حيازة المشتري بالفعل

(١) استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٥

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٧٠ ص ٧٥ .

(٣) ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته . فقد يعتبر المشتري متسلماً للمبيع دون أن تكون له حيازته . وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستول عليه استيلاء مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ بالتقادم ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستول بعد على المبيع . وإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المنقول ما دام لم يستول عليه استيلاء مادياً . وإذا باع شخص منقولاً يمكنه من شخصين متتابعين ، وأعطى لكل منهما شيئاً من الخزان الذي يوجد فيه ، وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى الاستيلاء الفعلي على المنقول ، فإنه يستطيع التمسك بالحيازة لتملك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يحتج عليه بأنه تملك المنقول أولاً بموجب إذن التسليم (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٤٩ - بودرى وسينيا فقرة ٢٩٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٩ ص ٧٥ هامش ٢) .

هذا ويسمى التسليم الذي لم يعقبه تملك في بعض الأحيان تملكاً قانونياً ، تمييزاً له عن التسليم الفعلي الذي يعقبه التملك (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٦ ص ١٣٦) . ونؤثر أن تحتفظ بعبارة التسليم الفعلي لكل تسليم مادي ، أعقبه التملك أو لم يعقبه ، تمييزاً له عن التسليم المحكي الذي يتعرض له فيما بعد .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

للمبيع التزام في ذمة المشتري (١). (٢) أن يعلم البائع المشتري بوضع البيع
تصرفه على النحو المتقدم الذكر. وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٣٥،
مدنى يقول في ذلك عن المشتري: « مادام يعلم أن البيع قد أصبح تحت تصرفه »،
وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة « مادام البائع قد أعلمه
بذلك »، وقصد بهذا التعديل « ضبط الحكم » (٢). ويظهر من ذلك أنه أريد
ألا يكون علم المشتري بوضع البيع تحت تصرفه أو جهله بذلك محل منازعة بينه
وبين البائع، فرؤى ضبطاً للحكم أن يكون علم المشتري مستمداً من البائع نفسه
حسماً لكل نزاع محتمل. فيجب إذن، حتى يتم التسليم، أن يخطر البائع المشتري
أن البيع قد وضع تحت تصرفه. ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار، فقد
يكون بانذار رسمي إذا أراد البائع الاحتياط الشديد، وقد يكون بكتاب مسجل
أو غير مسجل، وقد يكون شفويًا ولكن يقع على البائع عبء إثبات أنه قام
بهذا الواجب وأنه أخطر المشتري فعلاً بوضع البيع تحت تصرفه.

ومتى اجتمع هذان العنصران: فإن البائع يكون قد أتم تنفيذ التزامه بتسليم
المبيع (٢).

**٣٠٧ - تطبيقات في التسليم الفعلي: يبنى في التسليم الفعلي أن نورد
بعض تطبيقات تبين كيف يكون وضع البيع تحت تصرف المشتري على النحو
الذى قدمناه، سواء كان ذلك في العقار أو في المنقول أو في الحقوق المحردة.**

(١) وقد يبدأ المشتري البائع قبض البيع دون اعتراض من البائع، فيكون هذا تسليمًا
صحيحاً يعبر ذمة البائع من التزامه. ويقول التقنين المدني العراقي في المبنى في الفقرة الثانية
من المادة ٣٨: « وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت، يعتبر إذنًا من
البائع له في القبض » (أنظر آتياً فقرة ٣٠٥ في الهامش).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٠ — وانظر آتياً فقرة ٣٠٥ في الهامش.

(٣) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٨ —
ص ٦٩ - وفي بيع التجربة يتم بيع التسليم حتى قبل تجربة المشتري للمبيع، فالتسليم غير التجربة
وهو يسبقها عادة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٩٣ ص ٢٣٧). ويجوز للبائع، لإتمام التسليم،
أن يعرض المبيع على المشتري عرضاً حقيقياً، وعرضه على المشتري أمام المحكمة البضاعة البيعة هو
مرض حقيقى (انظر مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٠ ص ٣١٠).

فإذا كان المبيع عقاراً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون أولاً بشئيلة
البائع له : فإذا كان داراً بسكنها البائع ، وجب عليه أن يخليها وأن يخرج ماله
من أثاث وأمتعة فيها . وإذا كانت أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يتركها
وأن يأخذ ماله فيها من مواش وآلات ونحو ذلك . فلابد إذن من إخلاء العقار
أولاً ، ثم يأتي بعد ذلك تمكين المشتري من الاستيلاء عليه . ويقع كثيراً أن يكون
مجرد إخلاء العقار منظوياً في الوقت ذاته على تمكين المشتري من الاستيلاء
عليه (١) ، ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم البائع المشتري مفاتيح الدار حتى يتمكن
من دخولها (٢) ، أو مستندات ملكية البائع للدار أو الأرض حتى يتمكن المشتري
من التصرف فيها (٣) ، أو عقود الإيجار الواقعة على الدار أو على الأرض
حتى يتمكن المشتري من التعامل مع المستأجرين : أو بوالص التأمين حتى يتمكن
المشتري من التعامل مع شركة التأمين ، أو ذلك كله أو بعضه بحسب ما يكون
في يد البائع . وقد رأينا أن المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني
الجديد - وقد حذفت لأنها مستفادة من القواعد العامة كما قدمنا - كانت
تنص على أن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء
المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » .

وإذا كان المبيع منقولاً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون عادة
بمناولته إياه بديده ، ويتيسر ذلك في المنقول في أكثر الأحيان . ولكن قد
يحصل ذلك أيضاً بتسليم المشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان

(١) فلا ضرورة لأى غير رمزى يصحب وضع العقار تحت تصرف المشتري (استناد
مختلط ٧ يناير ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) .

(٢) استناد مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٩ .

(٣) وليس من الضروري أن تكون مستندات الملكية كاملة قاطعة في أن البائع هو
البيع ، فالبايع ملزم بتسليم المستندات التى معه المشتري ، فإذا تبين بعد ذلك أن هذه المستندات
لا تنقطع في ملكية البائع للبيع ، وتعرض أسند للمشتري أو ظهر للبيع ستحق - فعند ذلك
يرجع المشتري على البائع بضمأن التعرض أو الاستحقاق (بلاندر وريجر وهامل ١٠ فقرة ٧٣) .
ومجرد التأخر في تسليم البائع مستندات ملكيته لمشتري لا يبرر فسخ البيع (استناد مختلط
٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣) .
(٤) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ في الغاش .

آخر بآخر هذا المنقول (١) ، أو بتحويل سند الشحن أو الإبداع أو التخزين
أو ترى إن كان المنقول مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً في جهة ما (٢) ، أو بتسليم
السند للمشتري إذا كان للسند لحامله (٣) . وقد يحصل ذلك بمجرد التخلية ،
كما إذا كان المبيع محمولات لا تزال قائمة في الأرض أو ثماراً لا تزال فوق
الأشجار ، فيخلو البائع ما بينها وبين المشتري حتى يستولى هذا عليها (٤) . وقد
يحصل ذلك بافراز الشيء المعين بنوعه فقط في حضور المشتري ودعوته لتسلمه ،
ويقع الإفراز بالهد أو الكيل أو الوزن أو المقاس .

وإذا كان المبيع حقاً مجرداً ، كحق المرور ، فانه يوضع تحت تصرف المشتري
بنفسه . سنده إن كان له سند سابق ، أو بالترخيص للمشتري في استعمال هذا الحق
مع تمكينه من ذلك بازالة ما قد يحول بينه وبين المرور (٥) . قد يكون المبيع حقاً
شخصياً لاحقاً عينياً ، كما في حوالة الحق ، وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف
المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه (٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة ومزية لمنقول غير
حاصل فعلاً في اليد ، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ما هو في الخزانة . وكون الشيء
مستقلاً في حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي
الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون قد نص في باب البيع على
أن تسليم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح الخزانة الموضوعة فيها ، فإن هذا النص
لا يمتنع أن كل من يحمل مفتاحاً لخزانة يكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها ، لأن حل المفتاح
لا يلزم عنه حتماً أن حامله مسلط على الخزانة . فحيث تدل الأدلة على أن حامل مفتاح الخزانة
كان مسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً وإلا فلا . وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن
هو رأى في مسألة واقعية يستقل هو بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (نقض
مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ، رقم ١١٧ ص ٣٢٧) .

(٢) ويجوز للمشتري في هذه الحالة أن يحول السند إلى آخره ، وللتأخر حق قبض المبيع المودع
أو المخزون (استئناف محتاط ٢٤ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٤) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) بودري وسينيا فقرة ٢٩٤ ص ٢٩٥ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٦٩ .

(٦) بيدان ١١ فقرة ٣٨٧ - بودري وسينيا فقرة ٢٩١ ص ٣٠١ - وفي الأسهم
والكيبالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمناولة ، وفي السندات والشيكات الإذنية يكون
التسليم بالتظهير ، وفي السندات الإسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد في دفاتر الشركة (م ٢٩
و ١١٢ تجاري) .

وينبني من هذه التعليلات - كما نقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) - أن طريقة التسليم تكيف حسب طبيعة المبيع (٢).

٣٠٨ - **التسليم الحكيم** : ويقدم مقام التسليم الفعلى على النحو الذى قدمناه التسليم الحكيم ، أو كما ندعوه المذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى (٣) ، التسليم المعنوى . والتسليم الحكيم يتم - كما نقول الفترة التالية من المادة ٢٣٥ مدنى فيما رأينا - بمجرد تراضى المتعاقدين ، وبتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري . ويتميز التسليم الحكيم بذلك عن التسليم الفعلى بأنه اتفاق (convention) أو تصرف قانونى (acte juridique) ، وليس بعمل مادى .

وللتسليم الحكيم صورتان : (الصورة الأولى) أن يكون المبيع فى حيازة المشتري قبل البيع ، باعارة أو ودعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشتري حائزاً فعلاً للمبيع وقت صدور البيع ، ولا يحتاج إلى استيلاء مادى جديد ليتم التسليم . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع فى حيازته ، ولكن لا كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ، بل كمالك له من طريق الشراء . فتتغير نية المشتري فى حيازته للمبيع ، وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت (١) . وهذه الصورة هى التى كان التقنين المدنى السابق (م ٢٧٢/٣٤٣) ينص عليها وحدها . (الصورة الثانية) أن يبقى المبيع فى حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لا كمالك ، فقد خرج عن الملكية بعقد البيع ، بل كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك مما يترتب على عقد يتم بين المشتري والبائع بعد البيع ويستلزم نقل حيازة الشيء من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يسلم البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) ويسمى هذا التسليم : tradition brevi manu .

ثم يعود إلى نسله من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، يبنى البيع في بد البائع بعد أن يتفق الطرفان (١) على أن هذا يعد تسليماً من البائع للمشتري ثم إء . فحيازته من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذى تلى عقد البيع . ويصح أن يكون هذا العقد الجايد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبنى الشيء في حيازة البائع كمالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصل (٢) . وهذه الصورة الثانية لم بغرض لها التفنين المدنى السابق ، وشملها الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من التفنين المدنى الجديد فيما قدمناه .

وكلتا صورتين الأولى والثانية ليست إلا تطبيقاً لمبدأ عام في انتقال الحيازة من شخص إلى آخر انتقالاً حكماً ، وقد ورد هذا المبدأ في المادة ٩٥٣ مدنى إذ تنص على أنه : « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادى إذا استمر الحائز و ساعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف واضحاً يده ولكن لحساب نفسه » (٣) .

وقد أورد التفنين المدنى العراقى صورة ثالثة للتسليم الحكى يمكن الأخذ بها في مصر دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التفنين على ما يأتى : « وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري : (٤) . وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم الحكى المتقدمتين ، بأن فيها انتقالاً مادياً لحريّة المبيع . كما تتميز عن التسليم الفعلى ، بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه في تسلّم المبيع ، هو شخص تعاقد مع

(١) ويسمى هذا الاتفاق : *contitut possessorio* (بودرى وسينيا فقرة ٢٩٤)

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ مدنى عراقى في هذا المعنى على أنه : « إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إل بائنه ، أو باعه منه ، أو وهبه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع » أنظر آتفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) أنظر آتفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

المشترى واستلزم التعاقد أن يقبض البيع هو أيضاً ، كمتأجر من المشتري أو مستير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو سائر أو مرهوب له . فبعد قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى العقد الذي أبرمه مع المشتري ، وقبضاً حكماً بالنسبة إلى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثاني .

٥ ٢ - زمان التسليم ومكانه

٣٠٩ - زمان التسليم : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يعين زمان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده العقد ، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك وجب تسليم المبيع في الوقت الذي يتم فيه العقد ، مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف » (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة للمراجعة ، لأنها مستفادة من القواعد العامة ، (٢) .

والواقع من الأمر أن هذه المادة المحلوقة يستفاد حكمها في خبر عطاء من القواعد العامة المقررة في الفصل المتعلق بالوفاء ، وتقررها المادة ٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : ١٥ - يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ - على أنه يجوز

(١) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٣٤٨/٢٧٢ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « يجب أن يكون التسليم في الوجه المعين له في العقد ، فإذا لم يشترط فيه شيء بهذا الخصوص وجب التسليم وقت البيع مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب المهرات » . وهذا نص يورد نفس الأحكام التي أوردها المشروع التمهيدى فيما قلناه ، وإن لم يذكر صراحة للمواعيد التي تقتضيها طبيعة المبيع ، ولكن علة يمكن استخلاصها من اتفاق ضمنى بين التبايعين . ولا يوجد في التقنين السوري ولا التقنين الليبي ولا التقنين العراقي نص مقابل ، فالقواعد العامة هي التي تسمى كما في مصر . وينص تقنين الموجبات والمقروض اللبناني في المادة ١٠٢/١ على ما يأتي : « يجب أن يكون التسليم في الوقت المعين له في العقد » وإذا لم يعين وقت رحى التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقتضيها طبيعة المبيع أو العرف » . وهذا النص يخفى في حكمه مع حكم التقنين المصري .

(٢) مجموعة الأعمال المحضيرية ٤ ص ٧١ في الحاشي ٢٤ في الحاشي .

في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين
إلى سفل أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق
الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

فالأصل إذن أن يتم التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع ، وهذا إذا لم يتفق
المتبايعان على ميعاد معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بتسليم
المبيع في ميعاد معين ، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئاً من الوقت في تسليمه ،
أو أمهل القاضى البائع في تسليم المبيع إلى وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا
الإمهال (١) .

والذى يقع عادة أن المتعاقدين يتفقان في عقد البيع على ميعاد التسليم ،
فيجب العمل بهذا الاتفاق . فإن لم يوجد اتفاق ، فقد يقضى العرف بالتسليم
في ميعاد معين ، ويقع ذلك كثيراً في التعامل التجارى حيث يحدد العرف مهلة
مينة لتسليم المبيع . فإن لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، واقتضت طبيعة المبيع
تأخير التسليم إلى وقت معين ، كما إذا كان المبيع شيئاً غير معين إلا بنوعه وكان
المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المبيعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك
للمشتري ، فإن طبيعة المبيع هنا تقتضى أن يتأخر التسليم وقتاً معقولاً يتيسر فيه
للبيع الحصول على المقادير المبيعة من السوق (٢) . فإن لم يكن هناك اتفاق
أو عرف ولم تقتض طبيعة المبيع تأخيراً في التسليم ، وجب أن يكون التسليم
فوراً بمجرد انعقاد البيع كما قدمنا ، إلا إذا وجدت ظروف تبرر منح القاضى

-
- (١) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٣ ص ٢٧٣ .
(٢) وإذا سكنت المشتري عن دفعات من المبيع متأخرة بسبب أزمة طرأت ، ثم عاد بعد مدة
طويلة عندما ارتفعت الأسعار يطالب بالتأخير ، لم يحق له ذلك لأن سكوتة دليل على نزوله
عن حقه (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٤) . ولا يستحق تعويض عن
تأخر البائع في تسليم المبيع إلا بعد الإعذار (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣
ص ٣٠٠) . ولا حاجة للإعذار إذا كان البائع قد أرسل البضائع في وقت متأخر مما يتحتم منه
تأخره عن ميعاد التسليم (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦٨) . ولكن الأصل
هو ضرورة إعذار البائع المتأخر في التسليم (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥
ص ١٧٠ - ٢ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ - ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨
ص ٣٠٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٨
١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٩) .

للبيع مهلة في التسليم ، كما إذا كان المبيع بضاعة يستوردها البائع وقد تأخرت في الطريق وكانت الظروف تشفع للبائع في أن يمنحه القاضي هذه المهلة .

على أنه يلاحظ أن الثمن إذا كان مستحق الدفع ولم يدفعه المشتري ، فللبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستوفي الثمن (١) ، حتى لو منع المشتري نظرة المبصرة . وهو في ذلك يستعمل حق حبس المبيع المقرر له ، والذي منعرض له تفصيلاً فيما يلي .

٣١٠ - **مطلبه التسليم** : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل أيضاً على نص يعين مكان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : ١٠ - يجب أن يتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد ، ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ - فإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده ، اعتبر موجوداً في موطن البائع (٢) . وقد حذفت هذه

(١) فلو سلم المشتري المبيع دون إذن البائع وقيل أن يدفع الثمن الحال ، لم يكن ذلك التسليم صحيحاً ، وجاز للبائع استرداد المبيع . ولكن إذا هلك المبيع في هذه الحالة وهو في يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان الهلاك على المشتري (م ٢٧٤/٣٤٥ مدني سابق ، وهي تطبيق للقواعد العامة فيسرى حكمها دون حاجة إلى نص) .

وإذا اشترط ميعاد لدفع الثمن دون أن يشترط ميعاد لتسليم المبيع ، وجب تسليم المبيع فوراً بمجرد البيع وتأخير الثمن إلى حلول أجله (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٤) . وإذا كان ميعاد التسليم ولم يتم ، كان البيع مشلولاً عن التمريض إلا إذا منه عن ذلك قوة قاهرة كتأخر طرود البريد بسبب الحرب (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٢ - وعلى البائع إثبات القوة القاهرة (استئناف مختلط ١٢ أبريل ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥١ - أنظر أيضاً في تأخر البائع في التسليم بسبب القوة القاهرة أو بخطأ منه : استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٢٢ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٠٦ - ٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤ - ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٩٦ - ٣٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٣ - ٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢١٤) .

(٢) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٥/٣٤٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت البيع ، ما لم يشترط ما يخالف ذلك » . وهذا الحكم يتفق مع الحكم المقرر في المادة المحذوفة . وكانت المادة ٢٧٦/٣١٧ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « إذا تعين في عقد البيع محل لوجود المبيع فيه غير محل وجوده الحقيقي ، فيكون هذا التعيين ملزماً للبائع بنقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري »

القاعدة أيضاً ، لأنها مستفادة من القواعد العامة (١) .

والنص : ... عرف يستفاد حكمه فعلا من القواعد العامة المقررة في فصل الوفاء ، وتقررها المادة ٣٤٧ مدني على الوجه الآتي : ١ - إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ - أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

فالأصل إذن ، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، أن يكون التسليم في المكان الذي يكون هذا الشيء موجوداً فيه وقت انعقاد البيع (٢) . وقد يكون الشيء المعين بالذات منقولاً لم يعين مكان وجوده وقت البيع ، فالمفروض عندئذ أن المنقول يصحب البائع حيث يقيم ، فيكون مكان تسليمه في موطن البائع أو في مكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال . أما إذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات بل معيناً بنوعه ، أو كان حقاً مجرداً

== ذلك . وفي حالة ما إذا لم يمكن النقل أو ترتب عليه تأخير مضر بالمشتري ، يكون له الحق في البيع مع أخذ التضمينات إذا كان البائع حصل منه تدليس . وهذا النص مجرد تطبيق للقواعد العامة ، ليسرى حكمه دون حاجة إلى نص (الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي نقلة ٣٠١٦) .

ولا يوجد في التقنين السوري ولا في التقنين الليبي نص مقابل ، فالقواعد العامة هي التي تسرى كما في مصر . وتنص المادة ٥٤١ من التقنين المدني العراقي على أن : ١ - مطلق العقد ينتهي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد . وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده ، اعتبر مكانه محل إقامة البائع . ٢ - أما إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين ، لزمه تسليمه في المحل المذكور . والنص تطبيق للقواعد العامة ، ويتفق مع الأحكام التي تسرى في مصر . وتنص المادة ٤٠٥ من تقنين الموجبات والمقود البناني على أنه : يجب تسليم البائع في محل وجوده وقت إنشاء العقد ، ما لم يشترط العكس - إذا عين في العقد البيع محل لوجود المبيع غير المحل - أي يكون فيه حقيقة ، وجب على البائع أن ينقل البائع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري نقله . وهذا النص أيضاً تطبيق للقواعد العامة ، ويتفق مع الأحكام التي تسرى في مصر .

(١) جريدة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ في الهامش وس ٧٤ في الهامش .

(٢) استئناف مخطلط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٢ .

كحق شخصى حوله الدائن ، فان التسليم يكون فى موطن البائع أو فى مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال . وذلك تطبيقاً للقاعدة التى تقضى بأن الدين يسعى إليه (portable) ولا يسعى (quérable) . وهذا كله ما لم يتفق المتبايعان على مكان آخر يسلم فيه المبيع ، فيجب حينئذ العمل بهذا الاتفاق . فإذا عين للمبيع مكان وجود غير مكان وجوده الحقيقى ، كان هذا بمثابة اتفاق على أن يكون التسليم فى هذا المكان المعين ، وكان البائع ملزماً بنقل المبيع من مكانه الحقيقى إلى المكان المعين .

٣١١ - زمان تسليم المبيع المصدر ومطابقه - نص قانونى :

وقد ينص القانون ، فى حالات خاصة ، على تعيين زمان التسليم ومكانه . من ذلك نصت عليه المادة ٤٣٦ مدنى ، فى خصوص المبيع إذا وجب تصديره للمشتري ، من أنه إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (١).

فإذا كان المبيع يجب تصديره إلى المشتري فى مكان غير المكان الذى هو فيه ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٧٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى

استقر عليه فى التقنين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٩ من المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٧١ وص ٧٢ - وص ٧٤) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ومن ثم كانت القواعد العامة هى التى تسرى ، فيكون مكان التسليم هو موطن البائع - أى مكان التصدير لا مكان التوريد - لأن البائع هو المدين بالتسليم ، وكذلك زمان التسليم هو زمان الإرسال لا زمان الوصول (أنظر آتياً فقرة ٢٤٨) . ويقابل النص فى التقنين المدنى السورى المادة ٤٠٤ (مطابقة لتقنين المصرى) - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٢٥ (مطابقة لتقنين المصرى) - ولا مقابل له فى التقنين المدنى العراقى (فتسرى القواعد العامة وهذه تقضى بإمكان التصدير وزمان الإرسال) - وفى تقنين الموجبات والمعقود البنائى المادة ٤٠٦ وتجبرى على الوجه الآتى : « إذا كان من الواجب إرسال المبيع من مكان إلى آخر ، فالتسليم لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشتري أو إلى مثله » . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدنى المصرى الجديد . ويتساند مع المادة ٤٠٦ الآتية الذكر المادة ٢٩٩ من نفس التقنين البنائى ، وتجبرى على الوجه الآتى : « يتحمل البائع مخاطر المبيع فى مدة سفره إلى أن يستلمه المشتري ، ما لم يكن هناك نص مخالف » .

نضائع يشحنها البائع للمشتري ، فإن القواعد العامة التي قدمتها كانت تفضي ، بكون تسليم في مكان محطة الشحن لأنها مركز أعمال البائع المدين بالتسليم ، فتم التسليم في هذا المكان وفي وقت الشحن . وفي هذا الوقت أيضاً يتم إفراز المبيع إذا كان في الأصل شيئاً غير معين إلا بدرجة ، فتنتقل الملكية إلى المشتري وتكون تبعة الهلاك عليه في الطريق . ونرى من ذلك أن واقعة الشحن هذه كانت ، طبقاً للقواعد العامة ، تحدد وقت إفراز المبيع ووقت نقل ملكيته ووقت التسليم ومكانه ومبدأ انتقال تبعة الهلاك إلى المشتري . ولكن المادة ٤٣٦ مدني المتقدمة الذكر جاءت استثناء من هذه القواعد العامة . فحلم بتفني التبايعان على أن يكون التسليم عند الشحن أو عند التفريغ وفي هذه الحالة يعمل بهذا الاتفاق ، فإن النص يقضي بأن يكون التسليم عند وصول المبيع إلى المشتري أي عند التفريغ ، ويكون ذلك في موطن المشتري الذي هو دائن بالتسليم ، لا عند الشحن الذي هو موطن البائع وهو المدين بالتسليم .

ومن ثم يجب التمييز في هذا الصدد بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بنوعه . فإذا كان المبيع المصدر منقولاً معيناً بالذات ، انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد البيع ، وكان زمان التسليم ومكانه عند التفريغ وفي محطة الوصول ، وكانت تبعة هلاكه على البائع قبل التسليم ، فيكون خطر الهلاك في الطريق على البائع لا على المشتري . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، ويغلب أن تكون بضاعة يصدرها تاجر إلى تاجر آخر ، فإن ملكية البضاعة لا تنتقل إلا بالإفراز ، والإفراز يتم عند التسليم . وزمان التسليم يكون في هذه الحالة أيضاً وقت التفريغ (١) ، ومكانه محطة الوصول . فتنتقل الملكية إذن عند التفريغ ، ولما كان

(١) ويراعى المألوف والمرفق في تقدير الزمن الذي تصل فيه البضاعة المصدرة (استئناف مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٩) ، فتأخر نحو شهرين في وصول البضاعة المصدرة عن ميناء بيعه يكون مفتقراً (استئناف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣١) . وتحديد زمن الوصول مع اقتران التحديد بتحفظ ، كأن يقول « إذا أمكن » ، لا يفتقر فيه أن يكون الزمن ثلاثة أسابيع المألوف (استئناف مخطوط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ٧٤ ص ٢٦٤) . وإذا اشترط المشتري وصول البضاعة في وقت معين وإلا كان البيع مفسوخاً ، كان للمشتري الحق في رفض البضاعة التي وصلت بعد الجهاد ، وليس عليه إعذار البائع (استئناف مخطوط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٩ ص ١٢٤) .

خطر هلاك البضائع التي تخرج من عرن البائع في الطريق على من يملكها (٩٤ تجارى) ، فان تبعة الهلاك تكون على البائع اذ هو المالك الى أن تصل البضائع محطة التفريغ (١)

٣٥ - نفقات التسليم

٣١٢ - نفقات تسليم المبيع على البائع : وكان المشروع التمهيدى يشتمل كذلك على نص يعين من تكون عليه نفقات تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٨٠ من هذا المشروع تنص على أن : نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، ويخل في هذه النفقات ما صرف على المبيع في نقله إلى مكان التنفيذ وفي مقاسه ووزنه وحزمه (٢) وقد حذفت هذه المادة هي أيضاً لأنها مستفادة من القواعد العامة (٣) .

والنص المخلوف يستفاد حكمه فعلاً من القواعد العامة ، وتقررها المادة ٣٤٨ مدنى في فصل الوفاء على الوجه الآتى : « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٨ - وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٧٢ .

(٢) ويقابل هذا النص في التفتين المدنى السابق المادة ٢٨٤/٣ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : « على البائع مصاريف تسليم المبيع ، كأجرة نقله لمل التسليم وأجرة كياله ومقاسه ووزنه وبغير ذلك » . وهذا الحكم يتفق مع حكم كنص المخلوف .

ولا يعادل كنص لا في التفتين المسمى ولا في التفتين الجيسى ، فتسرى القواعد العامة كما في مصر ، وتكون مصروفات التسليم على البائع إذا لم يكن اتفاق أو عرف مخالف . وفي التفتين المدنى العراق تنص المادة ٢٢٢ ، على أن : تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل والوزن تلزم البائع وحده ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة . وفي تفتين الوجبات والعقود الجنائى تنص المادة ٤١٦ على أن : يحصل للبائع - إذا لم يكن نص أو عرف مخالف - : أولاً - مصاريف التسليم كأجرة الكيل والوزن أو لوزن أو لعدد أو تعيين الحجم - ثانياً - المصاريف اللازمة لإنشاء الحق أو نقله إذا كان للمبيع غير مالى . وهذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصرى .

(٣) مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٧٢ - ص ٧٢ .

فالأصل إذن أن البائع - وهو المدين بالتسليم - هو الذى يتحمل نفقاته .
ويدخل فى هذه النفقات مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع
لا يزال ، لا بأحد هذه الطرق ، فان الإفراز عملية ضرورية للتسليم تسبقه وتعمده له .
ويدخل أيضاً فى نفقات التسليم مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم
إذا لم يكن هذا المكان حيث يوجد المبيع فعلاً ووجب نقله إلى مكان آخر .
ويدخل كذلك فى نفقات التسليم مصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة ،
أو مفاتيح المكان الذى يوجد فيه المبيع ، إلى المشتري . وإذا كان على المبيع
تكاليف تحملها البائع كما إذا كان بضاعة مستوردة ويجب دفع الرسوم الجمركية
عليها حتى يتسلمها البائع ليسلمها للمشتري ، فتكون الرسوم الجمركية
على البائع (١) . وكل مصروفات أخرى يستلزمها وضع المبيع تحت تصرف
المشتري حتى يتم التسليم تكون على البائع .

وهذا إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يجعل مصروفات التسليم على المشتري
لا على البائع . فأجرة عداد النور أو المياه مثلاً - وهى مصروفات لإفراز المبيع -
تدفع فى الأصل على البائع ، أى شركة النور أو شركة المياه (٢) ، ولكن
كثيراً ما يقضى الاتفاق بأن تكون أجرة العداد على المستهلك . كذلك قد يقضى
العرف بأن يكون الوزن والكيل ونحو ذلك على المشتري لا على البائع ، أو مناصفة
بين المشتري والبائع .

٣١٣ - نفقات تسليم المبيع على المشتري - أهالة : ومنزى أنه إذا كان

تسليم المبيع التزاماً فى ذمة البائع ، فان تسلمه التزام فى ذمة المشتري (م ٤٦٤ مدنى)
ومن ثم تكون مصروفات التسليم - كمصروفات نقل المبيع من مكان التسليم
إلى الجهة التى يريد بها المشتري ورسوم المرور والتراخيص والدخولية وغير ذلك -

(١) فإذا زادت الرسوم الجمركية فى الفترة ما بين البيع ودفع هذه الرسوم ، لم يكن للبائع
دفع فى زيادة الثمن ، كما أنها إذا نقصت لم يكن المشتري حق فى إنقاص الثمن (قارب بلاكبول
وريبير وهامل ١٠ ص ١٩ مائش ١) .

(٢) انذكرة الإيضاح لمشروع التمهيدى فى مجموعة الاموال التحضيرية ٤ ص ٧٣ .

على المشتري لا على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق أو حرف يجعل هذه المصروفات على البائع . وسنعود إلى ذلك عند الكلام في تسليم المشتري للمبيع (١) .

المطلب الثالث

الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم
(تبة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم)

٣١٤ - التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين :

وإذا أخل البائع بالتزام التسليم على النحو الذي قلناه ، فامتنع عن التسليم ، أو سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع ، أو تأخر في التسليم عن زمانه ، أو أراد تسليم المبيع في غير مكانه ، أو ارتكب أية مخالفة أخرى لأحكام التسليم التي سبق أن بسطناها (٢) ، فإن المشتري يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العيني

(١) أنظر مايل فقرة ٤٢٤ .

(٢) كأن يكون البائع لم ينف بالثمن إلى بانه فلم يتمكن من أخذ المبيع وتسليمه للمشتري (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥) ، أو كأن يكون البائع قد تصرف والمبيع ولا يمكنه الحصول على مثله ، وفي هذه الحالة إذا أعطى البائع المشتري بذلك لم تعد هناك حاجة لأن يعذر المشتري البائع (استئناف مختلط ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧) ، أو كأن يكون البائع لم يسلم ملحقات المبيع (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١١ ص ١٤) . ويستحق التعويض بمجرد ثبوت أن سعر البضاعة وقت وجوب التسليم أعلى من الثمن (استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥) . ويستند بالسعر وقت وجوب التسليم لا وقت المطالبة التي قد تتأخر (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢١ ص ٣٧٩ - ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٩٥ - ٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٨) . وإذا وجب تسليم المبيع على دفعات ، نظر إلى وقت وجوب التسليم بالنسبة إلى كل دفعة (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٩) . ويجب على البائع الحصول على المبيع (الأنطية) وقت وجوب التسليم ، وإلا تحمل الفرق (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١١٨) . والتعويض عن تأخر البائع في تسليم المبيع هو ثمرات المبيع من وقت البيع إلى وقت التسليم بعد خصم فوائد ما تبقى من الثمن غير مدفوع (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧) . وفي بيع القطن إذا اشترط المشتري عند عدم التسليم مبلغاً معيناً أو دفع الفرق في الحال ، لم يجوز للمشتري أن يجمع بين التعويضين بل عليه أن يختار أحدهما ، وفي حساب الفرق في السعر يجب الاعتداد باليوم الذي كان يجب تسليم القطن فيه (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٢٨ ص ٢٥٩ - ٢١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٦٤) .

إذا كان ذلك ممكناً ، كما يستطيع أن يطلب فسخ البيع وللقاضى سلطة تقديرية في إجرائه إلى طلبه ، وله أن يطلب في الحالتين تعويضاً عما عسى أن يكون أصابه من الضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه (١) . وكل هذا يكون طبقاً

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن المشتري عند تأخر البائع في التسليم الخيار بين التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التضمينات في الحالتين . وليس في رفع الدعوى بأى من هذين الطلبين نزول من التمسك بالآخر . وليس للبائع أن يحتج بأن المشتري لم يدفع الثمن مع أن المتفق عليه دفع الثمن قبل التسليم إذا كان الثابت أن البائع لم يبد استعداداً للتسليم حتى بعد إنذاره من المشتري أن المشتري على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط في البيع (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ٢٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة إذ قضت برفض الدعوى التي أقامها المشتري بطلب فسخ البيع قد أقامت قضاها على أن الدقيق موضوع البيع شحن سليماً غير مصاب بالتلف الذي وجد به عند تحمله ، وأن التأخير في تفريغ شحنة السفينة وفي وصول وثائق الرسالة كان راجعاً إلى ظروف الحرب ، وأن البائنة بمجرد علمها بتفريغ الدقيق لم تأل جهداً في سبيل الحصول على إذن تسليم محل محل البائنة الذي تأخرت ، وأن هناك عوامل تجمعت ولم يكن للبائنة دخل فيها حالت دون وصول الدقيق إلى المشتري وسببت تأخير البائنة في عملية التخليص ، وأن محل فرض هطول أمطار غزيرة أثناء تخزين الدقيق في المراء لدى شركة الاستيداع وكانت من عوامل زيادة تلفه فلا يصح أن تسأل عنه البائنة لأنه هكذا كان نظام التخزين في المراء بحكم الضرورة في ذلك الوقت ، فهذا تحصيل موضوعي سائغ (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٨) .

ولا يجوز للمشتري فسخ البيع أو طلب تعويض لتأخر البائع في التسليم إلا إذا أعذر البائع (استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٦ ص ١٤٠ - استئناف مخطط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٢ - ٢٠ بونية سنة ١٨٩٤ م ٩ ص ٣٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ١١ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٣ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣٤٥ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٤) . فإذا لم يعذر المشتري البائع ووقع عليه دعوى الفسخ والتعويض ، ولم يتسكك البائع بعدم الإعذار بل ناقض المشتري في نتائج عدم تنفيذه لالتزامه ، لم يعد للبائع بعد ذلك الحق في التمسك بعدم الإعذار (استئناف مخطط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧٨) . وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ وجب عليه أيضاً طلب التعويض ، فلا يستحق دعوى التعويض إلى دعوى مستقلة يرفعها بعد دعوى الفسخ (استئناف مخطط ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٨) . ولا يجوز للمشتري طلب الفسخ إذا كان إخلال البائع بالتزامه إخلالاً غير جسيم ، كما إذا تأخر في تسليم مستندات ملكية المبيع (استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٥٢ ص ١٩٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨) ، أو سلم أكثر المبيع بعد انقضاء مهلة التسليم =

لقواعد العامة التي قررناها في نظرية العقد وفي نظرية تعبد الالتزام (١) فإذا تأخر البائع عن التسليم مثلاً ، كان للمشتري أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بهذا التأخر (٢) ، كأن يكون المبيع بضائع رخص سعرها عند تسليم المشتري لها متأخرة وكان يستطيع بيعها بثمن أعلى لو أنه تسلمها في الميعاد (٣) . بل يجوز للمشتري ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يشتري البضائع التي امتنع البائع عن تسليمها ، ويكون ذلك على نفقة البائع . ويحصل البائع على إذن من المحكمة قبل الشراء ، وعند الاستعجال يحجر له دون إذن ، لكن بعد

= (استئناف مخطوط ٢٦ ماي سنة ١٩٤٨ م ٩٠ ص ١٠٢٠) وإذا كان الشايع متعددين وكانوا متضامنين في التزامهم نحو المشتري ، وحصل المشتري من بيع لإخلالهم بهذه الالتزامات ، كانوا متضامنين في التعويض المستحق للمشتري (استئناف مخطوط ٢٠ ماي سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١٩) .

(١) وقد ينفق المتبايعان في عقد البيع هل أنه إذا تأخر البائع في تسليم المبيع كان للمشتري فسخ العقد ، ومثل هذا الاتفاق يجعل الفسخ من خيار المشتري ، فإذا اختاره أجابه إليه إلى طلبه وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ، ولكن يجوز ألا يختار المشتري الفسخ . هذه الحالة ويبدل عنه إلى طلب التنفيذ (بلايبرل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٢ — الأ — عبد المتاح عبد الباقي فقرة ١٢٦ ص ٢٠٠ — ص ٢٠١) . وقد يكون البيع عقد توريد ، فيورد البائع السلعة للمشتري بكميات معينة في أوقات دورية ، فلا يتناول الفسخ ماسبق توريده من الكميات إلا إذا كان العقد غير قابل للتجزئة (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٥٢ — دي باج ٤ فقرة ١٠٤ — أنسيكلوبيدي دالكوز vente فقرة ١١٨٤ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٥ مكررة ص ٢٦٩) . وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ لتأخر البائع في التسليم ، ثم عرض البائع أن يسلم المبيع ، فإن هذا العرض لا يتسهم معه رفض دعوى الفسخ (استئناف مخطوط - مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) .

(٢) استئناف مخطوط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٤ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ — ٣ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ١٠ — ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٥ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٧) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المشتري الذي باع العين التي اشتراها بأزيد من الثمن الذي اشترى به أن يرجع على البائع في حالة الحكم بفسخ البيع ، ليس فقط بالثمن الذي دفعه إليه ، بل بالتضمينات أيضاً . ومن ضمن هذه التضمينات الفرق بين الثمن الذي اشترى به الثمن الذي باع به للمير (استئناف وطني ٢ ديسمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/١٢ ص ١١٦) .

إعذار البائع ، أن يشتري البضائع على نفقته (١) .

- ولما كان الالتزام بالتسليم التزاما بتحقيق غاية كما قدمنا ، فإن البائع إذا لم يسلم المبيع للمشتري ، حتى لو كان ذلك واجبا إلى - - - - - أجنبي ، كما إذا هلك للمبيع أو تلف بقوة قاهرة أو حادث فجائي ، فإن البائع يكون مع ذلك لم يغم بالزمه بالتسليم فيصبح مسئولا عن ذلك . ومن ثم تكون تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم على البائع لا على المشتري ، وهذا ما تنتقل الآن إليه ، فتستعرض حالة هلاك المبيع هلاكا كلياً ، ثم حالة هلاكه هلاكا جزئياً أو نقص قيمته لتلف أصابه (٢) .

١٦ - تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم

٣١٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يرد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » (٣) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٧١/٢٩٧ (٤) .

(١) هل أنه لا يجوز للمشتري أن ينتظر مدة طويلة ، حتى إذا ما ارتفع السعر طالب بالتنفيذ الفوري ، بل يعتبر انتظاره هذه المدة الطويلة بمثابة عدول منه عن طلب التنفيذ الذي إلى طلب الفسخ (استئناف مخطط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٤١) .

(٢) وينتفى بالتقادم التزام البائع بالتسليم ، ومدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت نفاذ الالتزام بالتسليم (استئناف مخطط أول يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٩ ص ١٨٠) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٠ من المشروع النهائي . ورائع عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٧ (مجموع الأعمال التحضيرية : ص ٧٥ ص ٧٦) .

(٤) التفسير المدني السابق : م ٣٧١/٢٩٧ : إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إيماله ، وجب فسخ البيع ورد الثمن إن كان دفع ، إلا إذا كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد .
==

وبقابل في التفهيمات المدنية العربية الأخرى: في التفهيم المدني السوري للمادة ٤٠٥ -
وفي التفهيم المدني الليبي للمادة ٤٢٦ - وفي التفهيم المدني العراقي للمادتين
٥٤٧ - ٥٤٨ - وفي تفهيم الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ (١) .

= (والحكم يتفق مع حكم التفهيم الجديد . ومع ذلك أنظر المادة ٣٠٧/٢٤١ مدني سابق ، وكانت تجعل تبعة الهلاك في الشيء غير المدين إلا بنوعه على المشتري بعد الإفراز ، ولكن لما كان يطلب أن يتم الإفراز وقت التسليم ، فقد كانت تبعة الهلاك هنا أيضاً تنتقل للمشتري عند التسليم في الغالب . الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٨٧ ص ٣١٤) .

(١) التفهيمات المدنية العربية الأخرى : التفهيم المدني السوري م ٤٠٥ (مطابقة المادة ٤٢٧ من التفهيم المدني المصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٢٤) .
التفهيم المدني الليبي م ٤٢٦ (مطابقة لـ ٤٢٧ من التفهيم المدني المصري) .

التفهيم المدني العراقي م ٥٤٧ : ١ - إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يتقبضه للمشتري جلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إتمام المشتري لتسلم المبيع : وإذا فقتت قيمة المبيع قبل التسليم تلفت أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن ، ٢ - مل أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية . م ٥٤٨ : ١ - ما يقبض على سوم الشراء مع تسوية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض ، لزمه القابض . أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده ، فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه .

٢ - وما يقبض على سوم الخطر ، سواء بين ثمنه أو لم يبين ، يكون أمانة في يد القابض ، فلا يضمن إذا هلك دون تعد .

(وهذه الأحكام مستفقة مع أحكام التفهيم المصري - وبزبد التفهيم العراقي بأن يبين من يتحمل تبعة الهلاك في القبض على سوم الشراء والقبض على سوم الخطر ، مستنداً ذلك من أحكام الفقه الإسلامي . وأنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الزنون فقرة ١٩١ - فقرة ١٩٣ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٠٩ فقرة ٤٣٤) .

تفهيم الموجبات والعقود اللبناني م ٣٩٦ : يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تاماً - عالم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً . ثانياً - مخاطر العين المبيعة .

م ٣٩٧ : إذا انعقد البيع على شيء معين بنوعه فقط ، أو انعقد على شرط الوزن أو العدد أو القياس أو التجربة أو الترتق ، أو انعقد بمجرد الوصف ، فالبايع يبق متحملاً لمخاطر المبيع وإن كان قد أصبح بين يدي المشتري ، إل أن يعين أو يوزن أو يمد أو يقاس أو إل يقبله الشاري أو مثله .

٣٩٨ : إذا كان البيع تخييرياً وقد عرفت مهلة للاختيار ، فالشاري لا يتحمل مخاطر إلا بعد وقوع الاختيار ، عالم يكن ثمة نص مخالف .

٣١٦ - تحمل البائع تبعه المهرول قبل التسليم منسوب على التزام

بالتسليم : قدمنا أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع ، ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع ، ولو كان المشتري قد أصبح مالكا للمبيع قبل هلاكه .

وقد قدمنا في الجزء الثاني من الوسيط (١) أن الالتزام بالتسليم قد يكون التزاما مستقلا ، أى غير متفرع عن التزام الملكية ، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر والتزام المستأجر بردها للمؤجر ، وفي هذه الحالة يكون هلاك الشيء الواجب التسليم على مالكة ولو هلك قبل التسليم . فإذا هلكت العين للمؤجر قبل أن يسلمها للمؤجر للمستأجر ، فانها تهلك على المؤجر باعتباره للمالك . وكذلك إذا هلكت هذه العين قبل أن يردها المستأجر للمؤجر ، فانها تهلك على المؤجر أيضاً باعتبارها للمالك . ذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب الغنم ، وهو الذى يتحمل الغرم .

لكن إذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، فالأصل أن الهلاك (٢) يكون على المدين

= م ٣٩٩ : يتحمل البائع مخاطر المبيع في مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري ، ما لم يكن هناك نص مخالف .

م ٤٠٠ : إذا بيع ثمر على شجر أو منتجات بستان أو محصول لم يحن وقت اجتنائه ، فالثمر أو البقول تبقى ضمان البائع إلى أن يتم النضوج .

أنظر أيضاً المادتين ٤١٥ — ٤١٦ من التقنين اللباني وسيأتى ذكرهما . (وأحكام التقنين اللبناني تختلف عن أحكام سقنين المصري ، وتتفق مع أحكام التقنين الفرنسي ، في أنها تجعل تبعه الهلاك قبل التسليم على المشتري ، إلا إذا كان المبيع لم يتبين أو لم يقبله المشتري نهائياً) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٠ — فقرة ٤٣١ .

(٢) ويراء . الهلاك زوال المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن بيع البضاعة المتعاقدة عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها ، حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن الصادر بينهما ، لا يؤدي إلى انقضاء هذا العقد ، ولا يسوغ =

بالتسليم أى على البائع ، لا على المشتري وهو الدائن بالتسليم ولو أنه أصبح مالكا للمبيع بانتقال ملكيته إليه قبل أن يتسلمه . ويبرر الانحراف هنا عن القاعدة التي تقضى بأن يكون الهلاك على المالك أن الالتزام بالتسليم ، وهو متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلاً للمشتري إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على البائع ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة على العقود الناقلة للملكية كالبيع والشركة . وقد رأينا النص الوارد في البيع ، أما في الشركة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ مدني أنه « إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هي التي تسري في ضمان الخاصة إذا هلكت .. » (١) .

= في ذاته الفسخ ، إذ يبيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المباع الموجب لانفساخ عقد البيع . ذلك أن الهلاك الذي نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدني القديم المقابلة للمادة ٤٣٧ من القانون الجديد هو زوال الشيء المباع من الوجود بمقوماته الطبيعية بسبب آفة سحابة أو حادث مادي بفعل إنسان . أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خشي التلف ، فهو إجراء وقفي قصد به صيانة الشيء المباع . الهلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه ، ونقل النزاع الذي كان دائراً حول عين معينة إل بدليها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذي ينصرف إليه أمر عقد البيع (نقض مدني ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام للنقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

(١) أما التقنين المدني الفرنسي (م ١١٣٨ و م ١١٦٤) فلم يميز بين التزام التسليم مستقل والتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ففي الحالتين جعل الهلاك قبل التسليم على المالك أى على المشتري (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٥) - انظر في تعليقات أخرى في القانون الفرنسي لجعل الهلاك على المشتري ، فيقال تارة إن الهلاك على الدائن بالتسليم وهو المشتري ، ويقال تارة أخرى إن التزام التزم بالفهم فإدام المشتري يفيد من زيادة المبيع فكذلك يتحمل تبعه هلاكه : أنسيكلوبيدي دالوز • لفظ vente فقرة ٦٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٤٣ هامش ١) . ويبدو أن التحليل المقبول في قانون الفرنسي لجعل الهلاك على المشتري هو القاعدة التي تقضى بأن الهلاك على المالك (res perit domino) . ففي القانون الفرنسي التزام البائع الرئيسي هو التزام بنقل الملكية ، وقد انفصل عنه الالتزام بالتسليم وأصبح ثانوياً بالنسبة إليه ، فلا يصح إن ينسخ العقد لعدم تنفيذ هذا الالتزام التامى مادام الالتزام الأصل بنقل الملكية قد نفذ فأصبح المشتري مالكا للمبيع ، وباعتباره مالكا له يتحمل تبعه هلاكه .

٣١٧- هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم :

وسررض فيما قدمناه أن المبيع هلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو بحادث فجائي . أما إذا هلك بفعل البائع ، فإن هذا يبقى من باب أولى مشئولا عن الهلاك ، بل يكون أيضاً مشئولا عن تعرض المشتري عما أصابه من اسررر ولا يقتصر على رد الثمن (١) . وإن هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري ، كان الهلاك في هذه الحالة على المشتري لأنه هو الذي تسبب فيه ، ووجب عليه دفع الثمن كاملاً إلى البائع إذا كان لم يدفعه ، ولا يسترده بطبيعة الحال إذا كان قد دفعه (٢) .

وليس في كل هذا إلا تطبيق للقواعد العامة ، ولا حاجة فيه إلى نص خاص . وقد كان هذا النص الخاص موجوداً في المشروع التمهيدى ، وهو نص المادة ٥٨٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين السابقتين ، إذا كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل المشتري ، وجب دفع الثمن كاملاً . أما إذا كان بفعل البائع ، فإن طلب المشتري فسخ البيع ألزم البائع بالتعويض ، وإن طلب بقاء العقد وجب إنقاص الثمن (٣) .

(١) لكن إذا أهلك البائع إهمالاً يسيراً تسبب عنه نقص في المبيع ، ذر ذلك لا يبرر فسخ البيع ولكن يستوجب إنقاص الثمن على سبيل التعويض . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أهلك البائع في مبنى الفطن المبيع بحيث قلت قيمته عن المقدار المتفق عليه دون أن تنزل درجة الجردة المشترطة ، فإن النقص القليل في الكمية لا يبرر الفسخ بل يسوغ إنقاص الثمن فقط (استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٠) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال النصفيرة ، ص ٧٩ في الهامش .

(٣) وكان في التقنين المدنى السابق نص مقابل هو نص المادة ٢٩٩/٣٧٣ : « وكان يجرى على الوجه الآتى : « في الحالتين السابقتين إذا كان هلاك المبيع أو حدوث العيب الذى أوجب نقص قيمته منسوباً للمشتري ، فيكون الثمن مستحقاً عليه بتمامه . أما إذا كان منسوباً للبائع ، فيكون ملزماً بالتفضيئات إذا فسخ المشتري البيع وبتنقيص الثمن إذا أبقاه . وقد نصت المادة ١٥ ، من تقنين الموجبات والمقود البنائى على أنه : « إذا هلك الشيء المعين الذى انقعد عليه البيع ، أو أصيب بجميع قبل التسليم بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، حق للمشتري أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلها نقص من قيمته ، على الشروط التى مقتضاها : « أنه أن يدعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المشليات ، فعلى البائع أن يرمى بمائله صفة وتداراً ، مع الاحتفاظ بحق المشتري في طلب وزيادة بدل العطل الضرر =

وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة ، لأنها مستفادة من القواعد العامة (١) .

٣١٨ - هلك المبيع بقرّة قاهرة أو مارت فجائى قبل التسليم :

فنتصر هنا إذن على الحالة التى يكون فيها هلاك البيع قبل التسليم قد حدث بقرّة قاهرة أو بمحدث فجائى ، أو كما نقول المادة ٣٤٧ مدنى السالفة الذكر قد حدث لسبب لا يد للبائع فيه (٢) ، وقد قدمنا أن الهلاك فى هذه الحالة يكون على البائع لا على المشتري ولو أن المشتري قد أصبح مالكا قبل التسليم . وقد ذكرنا أن السبب فى عدم تحميل المشتري تبعه الهلاك قبل التسليم بالرغم من أنه أصبح مالكا أن الملكية لا تلخص له فعلا إلا عند التسليم ، وأن التزام البائع بالتسليم هو جزء متمم لالتزامه بنقل الملكية ، فإذا كان التسليم لم يتم فإن التزامه بنقل الملكية يكون هو أيضاً ناقص التنفيذ بالرغم من أن الملكية تكون قد انتقلت إلى المشتري . فإذا هلك المبيع قبل التسليم بقرّة قاهرة أو بمحدث فجائى ، فإن التزام البائع بالتسليم ، هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، يصبح مستحيل التنفيذ . ومتى أصبح التزام فى عقد ملزم للجانبين كعقد البيع مستحيل التنفيذ ، انفسخ العقد بحكم القانون طبقاً للقواعد العامة ، وهى القواعد التى قررتها المادة ١٥٩ مدنى على الوجه الآتى : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه التزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومتى انفسخ عقد البيع لاستحالة تسليم المبيع ، فقد سقط بانفساخه التزام المشتري بدفع الثمن ، وكان له أن يسترده من البائع إذا كان قد دفعه ، وأن يتمتع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . فيخرج البائع ، بانفساخ البيع على هذا الوجه ، وقد خسر المبيع وخسر الثمن ، فيكون هو الذى تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . وعلى هذا انحر يجب تأصيل المادة ٤٣٧ مدنى السالفة الذكر ، فهى ليست كما

== عند الانقضاء . ونصت المادة ٤١٦ من نفس التقنين على أنه « إذا هلك المبيع أو فاعيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه على حالته ويلقى ثمنه كما هو » .

أنظر أيضاً المادة ٥٤٧/٢ من التقنين المدنى (آنفاً قرة ٣١٤ فى الهامش) . وكل هذه النصوص لا تختلف فى أحكامها من أحكام القانون المصرى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٧ فى الهامش و ص ٧٩ فى الهامش .

(٢) والبائع هو الذى يحمل عبء إثبات ذلك (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٨١ هامش ٥) .

وأينا لإلتطيقاً لنظرية انفساخ العقد الملزم للجانبين بسبب استحالة تنفيذ الإلتزام

وهذا التأصيل ، وهو يتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، يتفق في الوقت ذاته مع أحكام الفقه الإسلامي وهي تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم (١) . ولذلك اعتاد الفقه المصري أن ينسب القاعدة التي أخذ بها التقنين المصري إلى الفقه الإسلامي ، وذلك لما رأى أن هذا التقنين سار عليها مخالفاً بذلك القاعدة التي أخذ بها التقنين الفرنسي كما سبق القول (٢) .

ونرى من ذلك أن المبيع إذا كان حيناً معينة بالذات تنتقل تبعه هلاكه ، لا مع انتقال الملكية ، بل مع انتقال الحيازة (٣) . فلو كان المبيع عقاراً ، وهلك قبل التسليم وقبل تسجيل البيع ، كان هلاكه على البائع ، أما إذا هلك بعد

(١) وقد رأينا أنه إذا كان البيع في الفقه الإسلامي ينتقل الملك إلى المشتري ، فإن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً ، حتى أن المشتري قبل القبض لا يكون مطلقاً يتصرف في المبيع (أنظر آنفاً فقرة ٢٣١) ، وحتى أنه إذا هلك المبيع قبل القبض كان هلاكه على البائع . فبعد البائع على المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد أمانة كذلك يد القابض على سوم الشراء إذا سمي الثمن يد ضمان (أنظر المادة ٥٤٨ عراقي آنفاً فقرة ٣١٥ في المباحث) . أما إذا لم يسم الثمن في سوم الشراء ، وسمى أو لم يسم في سوم النظر ، فإن يد القابض تكون يد أمانة ، فهلك الشيء على المالك لا على القابض رضى عن البيان أن الشيء ، في سوم الشراء وفي سوم النظر ، سمي الثمن أو لم يسم ، يعتبر في القانون المصري رديعة في يد القابض ، فإذا هلك تحمل المالك لا القابض تبعه الهلاك .

(٢) ونرى أثر ذلك فيما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « هذه النصوص (٥٨١ - ٥٨٣) تعرض لبيان تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . وقد استنبط المشروع أحكام التقنين الحال (السابق) فجعل التبعة على البائع قبل التسليم ، خلافاً للتقنينات اللاتينية ، وأخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية ، وتطبيقاً لقواعد الفسخ في العقد الملزم للجانبين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٧٥) . أنظر رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر في نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ص ١٧٧ وما بعدها .

وأنظر في أن القاعدة التي أخذ بها التقنين المصري مستمدة من القواعد العامة وليست مأخوذة من الفقه الإسلامي الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٢٧٩ .

(٣) وليست هذه القاعدة من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري . فإذا لم يتفقا على ذلك ، كان الهلاك على البائع . ولو أن البائع ، تغطية لمسئولته ، أمن على الدار المبيعة من الحريق ، فليس له أن يتقاضى أقساط التأمين من المشتري لأنه أمن على مسؤوليته هو لا على مسؤولية المشتري (استثناء مغلط ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٢٣) .

التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشتري (١) . فالعبرة إذن بالتسليم الذي يتم به نقل الحيابة ، لا بالتسجيل الذي يتم به نقل الملكية . ومنى انتقلت الحيابة إلى المشتري بالتسليم ، كان هلاكه عليه ولو لم تنتقل إليه الملكية بالتسجيل . أما إذا لم تنتقل إليه الحيابة بالتسليم ، كان الهلاك على البائع ولو انتقلت الملكية إلى المشتري بالتسجيل (٢) .

وإذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات ثم عين بعد ذلك ، فانه يبنى في ضمان البائع حتى وقت التسليم . فان هلك قبل ذلك ، هلك على البائع بالرغم من أنه قد تم تعيينه قبل الهلاك ، بالرغم من أن ملكيته تكون قد انتقلت إلى المشتري بهذا التعيين . أما إذا هلك بعد التسليم ، فهلاكه على المشتري (٣) ، لأنه تم تعيينه بالتسليم فانتقلت الملكية إلى المشتري ، بل لأنه قد سلم إلى المشتري فانتقلت حيازته إليه ، فأصبحت تبعه الهلاك عليه بموجب انتقال الحيابة لا بموجب انتقال الملكية .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأركان التحضيرية : ص ٧٤ — ص ٧٦ — وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان عدم التسجيل بتقصير البائع ، فالهلاك عليه حتى لو سلم المشتري المبيع . ولكن لما كانت تبعه الهلاك تنتقل بانتقال الحيابة ولو لم تنتقل الملكية ، فالرأى الصحيح هو أن الهلاك على المشتري إذا سلم المبيع ولو كان البيع لم يسجل (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى نفرة ٢٨٦ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٠) .

(٢) ولو كان البيع معلقاً على شرط فاسخ ، فالهلاك قبل انقضاء على البائع ولو لم يتحقق الشرط وأصبح البيع باتاً . والهلاك بعد التسليم على المشتري إذا لم يتحقق الشرط فأصبح البيع باتاً ، أما إذا تحقق الشرط فأنفسخ البيع ثم هلك المبيع ، فالظاهر أنه يهلك على مانكه أى على البائع مادام لنا بصدد التزام بالتسليم متفرع عن التزام بنقل الملكية . ولو كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو تحقق الشرط ونفذ البيع والهلاك بعد التسليم على البائع أيضاً ، ولو تحقق الشرط بعد الهلاك ، إذ لا يكون لتحقق الشرط في هذه الحالة أثر رجعى (م ٢/٢٧٠ مدنى) . أما إذا تحقق الشرط قبل الهلاك فنفسخ البيع ، فالهلاك بعد التسليم على المشتري . أنظر ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢١ — الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٨٨ ص ٣١٦ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٣ ص ٢٧٢ — الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٢٨٢ .

(٣) استئناف مغلط ٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٦ .

٣١٩ - اعذار البائع المشتري لتسلم المبيع : ولكن قد يحدث أن

البائع يكون مستعداً لتنفيذ التزامه بتسليم المبيع إلى المشتري ، ويكون المشتري هو المتغيب فيأبى دون مبرر أن يتسلم المبيع . فتوقفاً لتحصيل البائع ثبته هلاك المبيع في هذه الحالة ، أعطى القانون صلاحاً للبائع يدرك به عنه هذا الخطر . فأجاز له أن يعذر المشتري ليتسلم المبيع ، ومن وقت الإعذار يعتبر المبيع في حكم الشيء المسلم للمشتري ، فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلي فإن هلاكه يكون على المشتري لا على البائع (١) . وفي هذا يقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدني كما رأينا : « إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع ، أى أن الهلاك يكون استثناء على المشتري إذا وقع بعد إعذاره لتسلم المبيع (٢) »

وقد ينص عقد البيع ذاته على أن المشتري ملزم بتسلم المبيع في يوم معين دون حاجة إلى إعذاره بذلك . ففي هذه الحالة يعتبر المشتري معذراً بمجرد حلول اليوم المعين للتسلم طبقاً للقواعد العامة ، فإذا هلك المبيع بعد ذلك كان هلاكه على المشتري ولو لم يكن قد تسلمه فعلاً .

٣٢٠ - هلاك المبيع في يد البائع وهو حابس له : وهناك حالة

أخرى يهلك فيها المبيع على المشتري قبل التسليم ، وهي حالة ما إذا كان البائع قد حبس المبيع في يده لعدم استيفاء الثمن ، وصنئ أن للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن . فإذا حبس البائع المبيع وأعذر المشتري أو أخطره بهذا الحبس (٢) ، وهلك المبيع أثناء الحبس ، كان الهلاك على المشتري بالرغم من

(١) مصر الكلية ١١ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣ رقم ٣٦٤ ص ٩٥٠ .

(٢) والمفروض أن الإعذار الذي ينقل ثبته الهلاك إلى المشتري هو الذي يتم عندما يكون التزام المشتري بتسليم المبيع حالاً ، فإذا أعذر البائع المشتري ليتسلم قبل الأجل المشروط لمصلحة المشتري يترتب على هذا الإعذار نقل ثبته الهلاك (الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥) .

(٣) أما إذا لم يتبين في وضوح باعذار أو إخطار أو محو ذلك أن البائع يحبس المبيع لعدم استيفاء ، بل سكت البائع عن مطالبة المشتري بالثمن وسكت المشتري عن مطالبة البائع بالمبيع ، مراحى تنفيذ العقد على هذا النحو دون أن يظهر البائع نيته في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، =

عدم تسليم البائع المبيع له ، لأن عدم التسليم هنا راجع إلى خطأ المشتري فهو لم يدفع الثمن ودفع البائع بذلك إلى حبس المبيع . وقد نصت المادة ٤٦٠ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « وإذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري . ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » (١) . ومنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) .

٢٥ - تبعة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم

٣٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » (٣) .

= ثم هلك المبيع في خلال ذلك ، فإن الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع ، ولا يجوز لهذا أن يدعي أنه كان حابساً للمبيع (أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٢٨٠ ص ٤٣٠ - الأستاذ منصور مصطنع منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥ - ص ١٤٦) .

(١) كذلك هلك المبيع على المشتري إذا اتفق المتبايعان على أن يكون الهلاك على المشتري قبل التسليم ، أو وضع المشتري يده على المبيع قبل دفع الثمن بدون إذن البائع وهلك للمبيع في يده ، وقد سبقت الإشارة إلى هاتين الحالتين أما ما جاء في المادة ٩٤ تجاري من أن البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من يملكها فليس باستثناء حق من القاعدة التي تقضي بأن الهلاك على البائع قبل التسليم ، فقد قدسنا أن الملكية هنا تنتقل بالإفراز ، وهو لا يتم إلا عند التسليم إما في محطة الشحن أو في محطة التفريغ ، فإذا انتقلت تبعة الهلاك هنا بانتقال الملكية فلأن الملكية هي نفسها تنتقل بالتسليم .

(٢) أنظر مايل فقرة ٤٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤١ من المروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٨ (مجموعة الأموال التمهيدية) ص ٧٢ - ٧٩) .

وبقابل هذا النص في التفتين المدني السابق المادة ٣٧٢/٢٩٨ (١)

وبقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى . في التفتين المدني السوري المادة ٤٠٦ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٤٢٧ - وفي التفتين المدني العراقي المادة ٤٧ د' - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل له (٢) .

٣٢٢- الرهول الجزئي أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشتري:

وغنى عن البيان أن المادة ٤٣٨ مدني السالفة الذكر تفترض أن هلاك المبيع هلاكاً جزئياً أو نقص قيمته إنما وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائي ، وإذا كان النص لا يصرح بذلك فإنه مستخلص من سياق النصوص . أما إذا كان الهلاك الجزئي أو نقص القيمة راجعاً إلى فعل البائع ، فالبائع يكون مسئولاً عن ذلك بطبيعة الحال ، بل يكون مسئولاً أيضاً عن التعويض . وإن كان راجعاً إلى فعل المشتري ،

(١) التفتين المدني السابق م ٣٧٢/٢٩٨ : إذا نقصت قيمة المبيع بعيب حدث فيه قبل استلامه بحث لو كان ذلك العيب موجوداً قبل انعقد لامتنع المشتري من الشر ، كان المشتري عرضاً بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالتفتين عليه ، إلا إذا سبق منه رده .
(ويتألف هذا الحكم ما ورد في التفتين المدني الجديد ، فان المشتري في التفتين سابق لا يملك إنقاص الثمن ، فلما أن يفسخ وإما أن يستبقى المبيع بكل الثمن . فإذا لم يبلغ العيب الجسامة المطلوبة أو رهن المشتري المبيع ، فإنه لا يستطيع الفسخ ، فلا يبقى أمامه إلا استبقاء المبيع بكل الثمن ، فكان هو الذي يحمل تبعه الهلاك الجزئي قبل التسليم . وهذا العيب قد تداركه التفتين الجديد ، فجعل للمشتري حق إنقاص الثمن إذا لم يطلب الفسخ : أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجرمة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ - فإذا أبرم بيع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت عليه أحكام التفتين السابق ، وإذا أبرم بيع بعد ذلك سرت عليه أحكام التفتين الجديد) .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٠٦ (مطابقة لمادة ٤٢٨ من التفتين المدني المصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٣٥) .
التفتين المدني الليبي م ٤٢٧ (مطابقة لمادة ٤٣٨ من التفتين المدني المصري)

التفتين المدني العراقي م ١/٥٤٧ . وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصاب فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع إنقاص الثمن ، (وتنص هذه الأحكام مع أحكام التفتين المصري) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ، ولكن أحكام التفتين المصري تطبق لقواء العامة ، فيمكن الأخذ بها في لبنان دون نص

كان هذا هو المسئول ، وعليه أن يدفع الثمن كاملاً للبائع . وقد سبق بيان ذلك في الهلاك الكلى (١) .

٣٢٣- الهلاك الجزئى أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائى :

فنتنصر هنا أيضاً على حالة ما إذا كان الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائى . وتكون تبعه هذا الهلاك الجزئى أو نقص القيمة قبل تسليم المبيع على البائع ، للأسباب نفسها التى ذكرناها فى حالة الهلاك الكلى . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملاً دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام منفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، وهو التزام بتحقيق غاية . فإذا لم يرقم به البائع كان مسئولاً ، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائى ، فتكون التبعة عليه ، كما كانت التبعة عليه فى الهلاك الكلى .

وينبنى على ذلك أن المشتري ، فى حالة الهلاك الجزئى (٢) أو نقص القيمة ، يكون بالخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق فى التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائى . ولكن إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يبلغ

(١) وسبق أن قررنا أن المشروع التهيدى كان يشمل على المادة ٨٣ هـ وقد حذفت ، وهى تتناول كلا من الهلاك الكلى والجزئى أو نقص القيمة ، إذا كان ذلك راجعاً إلى فعل البائع أو إلى فعل المشتري (أنظر آنفاً فقرة ٣١٧ - وأنظر لتقنين المدنى العراقى م ١٧/٥ آنفاً فقرة ٣١٥ فى الحاشى ، وتقنين اللوجيات والمقرود البنائى م ١٥ - ١٦ آنفاً فقرة ٣١٧ فى الحاشى) .

(٢) ويعتبر هلاكاً جزئياً أن يكون المبيع أرضاً عليها بناء . فيهدم البناء ، فيكون المشتري مخيراً بين الفسخ وإنقاص الثمن . وكان التقنين المدنى السابق كما قلنا يميز الفسخ دون إنقاص الثمن ، فقضت محكمة النقض فى عهد هذا التقنين بأنه إذا كان المقار المبيع أرضاً عليها بناء ، ثم هلك البناء لأى سبب ، فإن البيع لا يفسخ ، ولكن يكون للمشتري الخيار بين طلب الفسخ وبين استبقاء المبيع ، ولا فرق فى ذلك بين حالى البيع الناقل للملكية والبيع الذى لا يترتب عليه بمقتضى قانون التسجيل الجديد إلا التزامات شخصية (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة : ص ١٨١ ص ١٥٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن انهدام البناء وبقاء الأرض لا يعتبر هلاكاً كلياً بل هو هلاك جزئى ، فلا يفسخ البيع من تلقاء نفسه (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٣ وتم ٢/٣٨ ص ٩٦) .

من الجسامة قدرأ بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للمشتري حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط (١) .

ويلاحظ أنه يمنع على المشتري الفسخ ، حتى لو كان الهلاك أو النقص وصل إلى هذا القدر من الجسامة ، إذا كان قد رتب للغير حسن النية حقاً عيباً على المبيع ، فلا يملك المشتري عندئذ إلا إنقاص الثمن (٢)

٢٢٤ - الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بعد انعقاد المشتري أو بعد

حبس المبيع : وغنى عن البيان أن البائع إذا أعذر المشتري لتسلم المبيع ، حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن ، فإن الهلاك الجزئي أو نقص القيمة إذا طرأ بعد ذلك على المبيع ، تحمل المشتري تبعته (٣) . كما يتحملها في الهلاك الكلي ، للأسباب عينها .

المبحث الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

٣٢٥ - مسؤولية ضمان التعرض والاستحقاق : إذا قلنا إن ضمان

البائع للتعرض والاستحقاق فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لكانت النصوص المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق مجرد تطبيق للتقواعد العامة ، ولصح التساؤل عما إذا لم يكن هناك تزييد في بعض هذه النصوص . ذلك أنه ما دام البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ملكية كاملة ، فهو إذا لم

(١) فإذا كان الهلاك أو نقص القيمة قد حدث قبل البيع دون أن يعلم به المشتري ، وكان قد بلغ قدرأ من الجسامة بحيث لو علم به المشتري لما أبرم البيع ، كان هذا غلطاً جوهرياً يجعل البيع قابلاً للإبطال .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ .

(٣) استئناف مغلط ١٩ يناير ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٤ .

يكن مالكا - وهذا هو موضع الاستحقاق لكل - كان المبيع بيع ملك العبر (١)، وكان للمشتري دعوى الإبطال . وإذا كان البائع غير مالك لبعض المبيع أو كان مالكا لكل المبيع ولكن على المبيع حقوق للغير - وهذا هو موضع الاستحقاق الجزئي - فإن الملكية التي نعهد البائع بنقلها لم تخلص للمشتري كاملة ، ومن ثم جاز للمشتري طلب فسخ البيع مع التعويض إذا كان له مبرر .

ولكن للفانون مع ذلك يجعل للمشتري في الحالتين المتقدمتين الذكر دعوى ضمان ، وهي عبر دعوى الإبطال وغير دعوى الفسخ . هي غير دعوى الإبطال ، إذ الضمان فيها لا يقوم إلا إذا وقع فعلا تعرض من المالك الحقيقي للمشتري ، أما دعوى الإبطال فيستطيع المشتري رفعها قبل وقوع هذا التعرض . هذا إلى أن دعوى الضمان تنقادم بخمس عشرة سنة ، وتنقادم دعوى الإبطال عادة بثلاث سنوات . ودعوى الضمان غير دعوى الفسخ ، إذ دعوى الضمان سببا قيام عقد البيع ، والتعويض فيها تولد النصوص تقديره تقديراً تفصيلياً فهو غير متروك لتقدير القاضي ، وإذا كانت تنقادم بخمس عشرة سنة فهذه المدة تسري من وقت وقوع التعرض . أما دعوى الفسخ فتفترض فسخ عقد البيع لا قيام هذا العقد ، والتعويض فيها متروك لتقدير القاضي ولم تتعرض لتقديره النصوص ، وإذا كانت تنقادم هي الأخرى بخمس عشرة سنة فإن هذه المدة تسري من وقت تمام البيع لا من وقت وقوع التعرض .

يخلص مما تقدم أن دعوى الضمان هي دعوى مستقلة عن كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، ويؤكد ذلك نص المادة ٤٤٣ مدني ، فقد عرض لذكر عناصر التعويض تفصيلاً عند استحقاق كل المبيع بناء على دعوى الضمان ، ثم أشار إلى استقلال هذه الدعوى عن الدعوتين الأخريين ، فقالت العبارة الأخيرة من النص : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » .

والسبب في خصوصية دعوى الضمان واستقلالها عن سائر الدعاوى التي تستند مباشرة من القواعد العامة ، وتنتزع من التزام البائع بنقل ملكية المبيع

المشتري ، يرجع إلى اعتبارات تاريخية تمت إلى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . فقد كان البيع ، في العهد الأول للقانون الروماني ، عبارة عن نقل ملكية المبيع إلى المشتري عن طريق رسوم وأوضاع معينة تسمى بالإشهاد (mancipatio) ، وكان لا يترتب على هذه العملية أى التزام شخصي في ذمة البائع ، فهي مقصورة على نقل الملكية إلى المشتري . وإذا كان المبيع غير مملوك للبائع ، واستحق في يد المشتري ، فقد كان هذا يرجع على البائع بدعوى جنائية (actio auctoritatis) يتقاضى برجبها ضعف الثمن الذي دفعه ، لا بدعوى مدنية مبنية على التزام في ذمة البائع . أما إذا انتقلت ملكية المبيع بالتسليم (traditio) ، فقد كان المشتري يشترط على البائع بعقد لفظي (stipulatio) مستقل عن عملية نقل الملكية تعريضاً فيما إذا استحق المبيع . ولما أصبح البيع في القانون الروماني عقداً رضائياً يرتب التزامات في ذمة البائع ، لم يكن من هذه الالتزامات نقل الملكية ، بل كان البائع يلتزم بنقل حيازة المبيع إلى المشتري حيازة هادئة . وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، فقد قدمنا أن بائع كان يلتزم في العهد الأول بنقل الحيازة لا بنقل الملكية . وقد تلقى التقنين المدني الفرنسي هذه التقاليد عن القانون الروماني وعن القانون الفرنسي القديم : ضمان تعرض واستحقاق لا يرتبط بنقل الملكية وإنما يرتبط بنقل الحيازة ، فلا يقوم إلا إذا وقع تعرض بعكر من هلوء هذه الحيازة ، لا مجرد إخلال بالترام نقل الملكية ، وإذا قام فله قواعد الخاصة التي يستقل بها عن الدعاوى المتفرعة عن الالتزام بنقل الملكية - كدعوى النسخ ودعوى الإبطال - لاسيما فيما يتعلق بتقدير التعويض ()

وهناك خصوصية أخرى في تقاليد هذا الضمان تتعلق بحقوق الارتفاق . فقد كان البائع في القانون الروماني لا يضمن للمشتري خلل المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، لا بموجب دعوى العقد اللفظي (actio ex stipulatu) ولا بموجب دعوى البيع ذاتها (actio empti) . ويرجع ذلك إلى أن التنظيم الاقتصادي

(١) كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٩٣ - بوهري وسينيا فقرة ٣٤٩ مكررة - بيدار ١١ فقرة ١٨٦ - بلانول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٨ وقرة ٩٥ .

للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشتري يتوقع دائماً أن يكون
على المبيع - حقوق ارتفاق ، فلم يكن البائع مكلفاً أن يكشف المشتري بها ،
ولم يكن يضمن له خلو المبيع منها . فإذا أراد المشتري أن يضمن له البائع خلو
المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، فقد كان يضع في ذلك شرطاً خاصاً في عقد البيع
(*vendu ut optimus maximus*) . أما القانون للفرنسي القديم فقد كان يعتبر
ظهور حق ارتفاق على المبيع من قبيل العيوب الخفية ، فيضمن البائع حق
الارتفاق على هذا الأساس . ومن هنا أفرد التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٢٦)
بالذكر ضمان البائع لحقوق الارتفاق والتكاليف المترتبة على المبيع إذ لم يعلن
المشتري بها ، ممثلاً مع تقاليد القانون الروماني . وانحرف في الوقت ذاته عن
تقاليد القانون الفرنسي القديم ، فجعل هذا الضمان ضمان استحقاق لاضمان عيب
خفي ، بما يستتبع ذلك من نتائج أهمها أن يقوم الضمان ولو في البيوع القضائية
وكان لا يقوم لو أنه ضمان عيب خفي ، وأن يدفع البائع تعويضاً بسبب هذا الضمان
ولو كان حسن النية وكان لا يدفع تعويضاً إلا إذا كان سيء النية لو أنه ضمان
عيب خفي (١).

هذه التقاليد التاريخية تركت طابعها ظاهراً في دهرى ضمان التعرض
والاستحقاق في التقنين المدني الفرنسي ، فانفردت هذه الدهوى بالخصوصيات
التي تقدم ذكرها مستقلة عن دعاوى الفسخ والإبطال المترعة عن التزام البائع
بنقل الملكية . وانتقلت هذه الخصوصيات إلى التقنين المدني المصري ، إلا أن
هذا التقنين لم يبرز حقوق الارتفاق والتكاليف كسبب مستقل للضمان كما فعل
التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه أشار إلى التكاليف كحالة من حالات الاستحقاق
الجزئي (م ٤٤٤ مدني) ، ثم جعل من ظهور حق الارتفاق أو إعلان البائع إياه
للمشتري شرطاً ضمناً لعدم الضمان (م ٢/٤٤٥ مدني) .

ولست التقنينات اللاتينية هي وحدها التي تحمل طابع التقاليد في ضمان
التعرض والاستحقاق ، بل يحملها أيضاً - وإن كان بدرجة أقل - التقنينات
الجرمانية . تقنين الالتزامات السويسري (م ١٠٢ و م ١٩٧) متشبع بهذه

(١) كز لان وكايبان ٢ فقرة ٩٠١ - بودري وسينيا فقرة ٣٩١ .

المادة ٣٣٦. أما التقنين المدني الألماني (م ٤٣٤ وم ٤٤٠) فقد تحرر منها في العقار فلا يشترط وقوع التعرض بل يكفي باحتمال وقوعه ، ولكنه في المنقول بنى متأثراً بالتقاليد إذ يشترط وقوع التعرض . وقد تحرر تقنين الالتزامات البولوني (م ٣٠٠ وم ٣١١ وم ٣٣٦) من هذه التقاليد ، إلى حد أن مزج ما بين ضمان التعرض والاستحقاق وأسماء ضمان العيوب القانونية ، وبين ضمان العيوب الخفية وأسماء ضمان العيوب المادية ، وأرجع الضمانين إلى أصل واحد ، ولم يشترط وقوع التعرض بل اكتفى باحتمال وقوعه في كل من العقار والمنقول (١).

٣٣٦ - شمول ضمان التعرض والاستحقاق : والالتزام بضمان

التعرض والاستحقاق ، كالالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم ، يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع ، لاسيما إذا كان العقد من المعاوضات . فهو موجود في عقود المقايضة والشركة والصلح والقسمة والإيجار وغيرها ، وموجود إلى مدى أضيق في التبرعات كالهبة . ذلك أن من يكون ملتزماً بنقل ملكية الشيء أو بنقل الشيء أو بنقل حيازته والانتفاع به يجب عليه بداهة أن ينقل إلى الشخص الآخر ملكية أو حيازة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من أى شخص آخر . فإذا كان ذلك معاوضة برز هذا الضمان في صورة أوسع ، إذ أن الشخص الآخر قد دفع مائلاً فيجب أن يخلص له الشيء الذي دفع فيه المقابل .

فضمن التعرض والاستحقاق ، كضمن العيوب الخفية وكالتسليم ، كان من أسس عمله نظرية عامة في العقد دون أن يقتصر على عقد البيع ، وهذا ما فعله المشرع التمهيدى للتقنين المدني الألماني . ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الذي يغلب فيه استعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصاً لو خلا منه ، فقد درجت التقنينات - وإلى هذا انتهى أيضاً التقنين المدني الألماني نفسه في صورته النهائية - على إدماج هذا الضمان في عقد البيع ، كما أدمجت ضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم . وتجعل التقنينات القواعد التي أدمجت في عقد

البيع هي القواعد العامة في هذا الضمان ، ثم تشير بعد ذلك في غير البيع من العقود إلى ما يتميز به العقد من خصوصيات يفارق بها هذه القواعد العامة . وعلى هذا النهج سار التفنين المدني المصري ، فقد أشار في خصوص عقد الشركة إلى هذه القواعد العامة المدرجة في عقد البيع (م ١/٥١١ مدني) ، وكذلك في خصوص عقد القرض (م ٥٤٠ مدني) ، وأفاض في بسط هذه القواعد في خصوص عقد الإيجار (م ٥٧١ - ٥٧٥ مدني) لأنه يقع على الانتفاع دون الملكية ، وأبرز خصوصية الضمان في عقد الهبة (م ٤٩٤ مدني) فهو بخلاف البيع تبرع لا معاوضة ، وكذلك فعل في عقد العارية (م ١/٦٣٨ مدني) .

٣٢٧ - التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير
وفي ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع ، يحسن التمييز بين التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير ، إذ لكل من هذين النوعين قواعد يختص بها .

المطلب الأول

التعرض الصادر من البائع

٣٢٨ - مسائل محلولة : نبحث في ضمان البائع لتعرض الصادر منه مسائل ثلاثاً : (١) متى يقوم هذا الضمان . (ب) ما يترتب على قيام الضمان . (ج) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

٣٢٩ - (١) متى يقوم ضمانه التعرض الصادر من البائع -

فصوص قانونية : تنص المادة ٤٣٩ من التفنين المدني على ما يأتي

« يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق

على المبيع يحتاج به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي
قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدون السابقين المادتين ٣٧٤/٣٠٠ و ٣٨٤/٣١٠ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المدون الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى انتهى بالمباراة الآتية : « وبشيت
لتزام البائع بالضمان ولو لم ينص منه في العقد » . وفي لجنة المراجعة حلفت هذه المباراة لعدم الحاجة
إليها ، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الخلف تحت رقم ٤٥٢ من المشروع النهائي . ووافق عليه
مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٩ (مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٨٠
وص ٨٢ - ص ٨٢) .

(٢) التقنين المدون السابق م ٣٧٤/٣٠٠ : من باع شيئاً يكون ضماناً للمشتري الانقطاع به
بدون معارضة من شخص آخر له حتى عيني على المبيع وقت البيع ، وكذلك يكون البائع ضماناً إذا
كان الحق العيني للأخر ناشئاً عن فعله بعد تاريخ العقد . ووجوب الضمان لا يحتاج إلى شرط
مخصوص به في العقد .

م ٣٨٤/٣١٠ : نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنزع ملكية كله .
وكنك ثبوت حق الارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ، ولم يحصل الإعلام به أو لم يتسن ظاهراً
وقت البيع ، يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنزعة ملكية أو حق الارتفاق بحالة
لو عليها المشتري لامتنع عن الشراء .

ولا يوجد فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، مع ملاحظة أمرين ذكرتهما
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآتى : (١) تجب (التقنين الجديد) حياً
وقع فيه التقنين الحال (السابق) في المادة ٣٧٤/٣٠٠ ، إذ قررت هذه المادة أن البائع يضمن
للمشتري وجود حق عيني على المبيع لشخص آخر وقت البيع . وينبئ على ذلك ألا ضمان إذا ظهر
أن العين المبيعة مؤجرة بمقد ثابت التاريخ قبل البيع ، لأن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية .
وقد قضت محكمة النقض بذلك (١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد
ص ١١ - و ٣ مارس سنة ١٩٣٢ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ص ٢٩) ويجب هذا
الحكم أن العين المبيعة قد تكون مؤجرة لمدة طويلة وتكون الأجرة قد قبضت مقدماً ، ويكون كل
هذا نافذاً في حق المشتري طبقاً لأحكام القانون ، فلا يستطيع أن يرجع بضمان الاستحقاق على
البائع . لذلك لم يشترط المشروع أن يكون للغير حق عيني على المبيع ، بل كل ما اشترطه هو أن
يكون له حق على المبيع يحتاج به على المشتري ، فيدخل في ذلك حق المستأجر في الفرض المشار إليه
(ب) ونسج (التقنين الجديد) الحكم القاضي بعدم ضمان حقوق الارتفاق إذا حصل الإعلان بها
أو كانت ظاهرة في مكانه الطبيعي عند الكلام في الارتفاق على تعديل الضمان ، لا عند الكلام في حكم
الاستحقاق الجزئي كما فعل التقنين الحال (السابق) : م ٣٨٤/٣١٠ . (والتقنين الجديد) فيما
عدا ذلك كالنقنين الحال (السابق) يحمل البائع ضماناً للمعرض إذا لم تعمل منازعة الغير للمشتري =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٤٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٨ - وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٥٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٤٢٨ و ٤٣١ (١) .

والنص يتناول التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير في وقت
واحد . ويخلص منه ، فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع ، أن ضمان هذا

= في المبيع إلى زعمه من يده ، وضامناً للاستحقاق إذا انتهى التعرض لاستحقاق المبيع . ويميز بين
فعل البائع وفعل الغير ، فالبايع يضمن فعله مطلقاً ، ويعتبر تعرضاً عنه أن يتحول الغير على المبيع حقاً
يحتج به على المشتري . أما الغير ، فإذا كان تعرضه مادياً أي غير مبني على سبب قانوني فلا شأن
للبائع في ذلك ، وعلى المشتري أن يدفع هذا التعرض بما وضعه القيدون في يده من وسائل . وإذا كان
تعرضه مبنيًا على سبب قانوني ، فإن كان هذا السبب موجوداً وقت البيع أو بعد البيع ولكن بفعل
البائع وجب للضمان ، وإلا فلا يجب . (ولاحظ أن (التقنين الجديد) كالتقنين الحالي (السابق)
أيضاً في أن الضمان لا يجب على البائع إلا إذا حصل التعرض فعلاً من الغير ، سواء حكم بالاستحقاق
أو لم يحكم : نقض ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٣١ . أما إذا
اقتصر الأمر على ظهور حق الغير على العقار دون أن يتعرض هذا الغير فعلاً ، فلا ضمان على البائع :
انظر عكس ذلك التقنين البوسني م ٣١٣ . ولكن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيستطيع
المشتري أن يطالب بفسخ البيع (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٨١ - ص ١٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٥٠٧ : (مطابقة للمادة ٣٩ :
من التقنين المدني المصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٤٠ -
فقرة ١٥٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٨ (مطابقة للمادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٤٩ : ١ - يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله
أو بفضه ، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يعنى أن له حقاً على المبيع وقت البيع
يحتج به على المشتري . ٢ - ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه في العقد .
(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي
الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩٨ - فقرة ١٩٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٤٣ -
فقرة ٤٥٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٢٨ : إن الضمان الواجب على البائع للمشتري يرمى إلى
غرضين : أولها ضمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة ، والثاني ضمان للنفائس والميوب اخفيا
في المبيع .

م ٤٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما ، يبقى ملزماً بضمان فعله الشخصي
وكل اتفاق مخالف يكون باطلاً .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(م ٤٠ - الوسيط ج :)

للتعرض مبنياً على سبب مادي (trouble de fait) ، أو يكون مبنياً على سبب قانوني (trouble de droit) (١) .

والتعرض المبنى على سبب مادي قسمان : قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع ، وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع - سواء قبل البيع أو بعده - يكون من شأنها أن تحول دون انتفاع البائع بملكية المبيع . وبلاحظ ، فيما يتعلق بهذا القسم الثاني الذي يقوم على تصرفات قانونية ، أن التصرف القانوني الصادر من البائع إلى الغير بعد عملاً مادياً بالنسبة إلى المشتري لأنه ليس طرفاً في هذا التصرف .

ومثل القسم الأول الذي يقوم على أعمال مادية محضة أن يبيع شخص متجراً لآخر ، ثم يعمد إلى إنشاء متجر مجاور من نفس النوع فينافس المشتري في عملياته الأسبقين ويجتلبهم إليه بحكم العادة (٢) . فهنا المنافسة غير مشروعة لأن البائع بضمن عدم تعرضه للمشتري في انتفاعه بالمبيع (٣) ؛ ولو أن أجنبياً هو الذي أنشأ المتجر المجاور فإن منافسته لا تكون غير مشروعة مادامت في حدود المنافسة المألوفة بين التجار ، وذلك لأن الأجنبي غير ملتزم للمشتري بعدم التعرض (٤) .

= وكون البائع قد حرم من الانتفاع بالمبيع سألته واقع يترك تقديرها للقاضي الموصوع . (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣) .

(١) استئناف مخطوط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ١٩ ص ٥٣ .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٢ - بودري وسينيا فقرة ٢٦٣ - فقرة ١٠٤ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا باع شخص لآخر محلاً تجارياً بما فيه من بضائع ، وأنه في عقد البيع بالأجل يتجر في البضائع التي يتجر فيها المشتري في الشارع الذي يقع فيه المحل المبيع ، ولكن البائع فتح محلاً بنفس العمارة التي بها المحل المبيع والتجر في بعض أنواع البضائع التي شغلها عقد البيع ، فقد أحل بواجب الضمان الذي يلزمه بوصفه بائناً ، كما أحل بالمرط المتفق عليه في عقد البيع . وإن هذا الإخلال إن هو إلا تعرض للمشتري في بعض البضائع من شأنه أن ينقص من قيمته ، ونقص قيمة المبيع حل هذه الضرورة بوقائده الضرر الذي أصاب المشتري من تعرض البائع ، فلا حاجة لأن يثبت المشتري أي ضرر غير ذلك (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٢ ص ١٩١) .

(٤) ومن أمثلة التعرض الصادر من البائع ، ويقوم على أعمال مادية محضة ، أن يبيع مؤلف طبعة من كتابه للناس ، فلا يجوز للغير أن يوزع ذلك ، أن يبد طبع الكتاب =

أما إذا تعرض البائع للمشتري بعمل من أعمال التعدي أو العنف ، فانه يكون مسئولاً عن ذلك ، أى شخص آخر ارتكب عملاً غير مشروع ، لا كبائع ملتزم بضمان (١) رضى (١)

ومثل القسم الثانى الذى يقوم على تصرفات قانونية أن يبيع البائع العقار مرة ثانية ، ويأخذ المشتري الثانى إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فتنقل الملكية دون اسرى الأول ، فينتزع منه العقار . فهنا يقع تعرض من جانب المشتري الثانى وهو تعرض صادر من الغير ، وهو فى الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشتري الثانى فى تعرضه قد استمد حقه من البائع . وكبيع العقار مرة ثانية بيع المنقول مرة ثانية وتسليم البائع المنقول للمشتري الثانى فتنقل إليه الملكية بموجب البيعة إذا كان حسن النية ، فهنا أيضاً تعرض صادر من كل من المشتري الثانى والبائع فى وقت واحد . وفى المثلين المتقدمين صدر التصرف الذاتى من البائع - وهو تعرض مبنى على سبب مسمى كما قدمنا - بعد صدور البيع الذى أنشأ الالتزام بضمان التعرض . وقد يصدر هذا التصرف القانونى من بائع قبل صدور البيع لا بعده . فإذا باع شخص عقاراً أو منقولاً إلى مشترٍ أول مبادر إلى تسجيل البيع فى العقار أو إلى تملك المنقول ، ثم بعد ذلك باعه لآخر ، فالسم الثانى يكون بيع ملك الغير ، وقد يجزئه المشتري الثانى . على الساع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانونى صدر قبل البيع .

أما تعرض البائع المبنى على سبب قانونى (trouble de droit) فيقع إذا ادعى البائع حقه على المبيع فى مواجهة المشتري ، سواء كان الحق المدعى به سابقاً

== قبل - نسخ الطبعة التى باعها (بودرى وسينيا فقرة ٣٩٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٤) . ومن أمثله كذلك أن يبيع شخص مصنعاً يعتمد فى توليد الكهرباء على مسقط مياه فى ملك البائع ، ثم يغير البائع مسقط المياه بحيث يعتمد توليد الكهرباء أو يقل (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٢ مكررة - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤١٤) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الباع يحوز مسئولاً إذا هو باع قطعة أرض حدها بميدان مملوك له ، ثم ألقى الموهدان بعد ذلك - أحزاه ليهم - لأن فى ذلك حرمان المشتري من الانتفاع بمنظر الميدان (استئناف وصى - سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٢٥٠) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٥٣ .

على البيع أو لاحقاً له . مثل الحق السابق على البيع أن يبيع البائع عقاراً ، وقبل أن يسجل المشتري البيع أى قبل أن تنتقل إليه المالكية من البائع يرفع البائع على المشتري دعوى استحقاق باعتبار أنه لا يزال مالكاً لعقار ، فهذه الدعوى يدفعها المشتري بضمان البائع للتعرض الصادر منه ، إذ لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان (١) . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم يصبح مالكاً لها بسبب من أسباب الملك كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي أو الشفعة . فيحتج على المشتري بهذا الملك الحادث بعد البيع ، ويريد أن ينزع العين منه بموجبه ، فعند ذلك يجوز للمشتري أن يدفع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه ، وقد علمنا أن القانون في هذه الحالة عمد إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا البيع - وهو بيع ملك الغير - تنتقل إلى المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدني) .

هذا وقد رأينا أن الحق اللاحق للبيع ينتقل بسبب من أسباب الملك ، وذكرنا من أسباب الملك الإرث والوصية والعقد والشفعة . أما الاستيلاء فغير متصور في حالتنا هذه إذ الاستيلاء يفترض أن الشيء مباح غير مملوك لأحد ، وهنا المبيع شيء غير مباح إذ سبق للبائع بيعه . وكذلك الالتصاق لا يرد من الناحية العملية ، إذ يصعب انقراض أن المبيع مواد بناء باعها صاحبها ثم أقام المشتري بطلبه للمولد على أوصى المبيع فلكل البائع بل لا يتصلق ، ولو تخفى هذا الفرض فعلاً فلا نرى مانعاً من أن يحتج البائع في مواجهة المشتري بأنه تملك مواد البناء بالالتصاق ويلتزم بدفع إحدى القيم المنصوص عليها في المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني إلى المشتري تبعاً لما إذا كان هذا شيء النية أو حسن النية .

بقي من أسباب الملك التقادم ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

(١) أو يقال الاسترداد والضمان لا يجتمعان . ومن أمثلة الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد أقرض المبيع بموجب قسيمة قابلة للإبطال ، ثم باعه بعد ذلك ، فلا يجوز له أن يطالب بإبطال القسيمة ، لتلا بطلان البيع فيكون هذا تعرضاً منه مبنياً على سبب قانوني (أوبري ورو ه فرقة ٢٥٠ ص ٧٨ هاشم رقم ٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢) .

٣٣٦ - تمليك البائع المبيع بالتقادم : يجب هنا أن نميز بين فرضين ، أولهما أن البائع باع عيناً لا يملكها ولكنه كان حائزاً لها ثم ملكها بعد ذلك بالتقادم ، والفرض الثاني أن البائع باع عيناً مملوكة له ولم يسلمها للمشتري بل بقي حائزاً لها حتى ملكها بالتقادم .

ففي الفرض الأول يكون البيع بيع ملك الغير ، إذ البيع لا يملك العين وقت أن باعها . ولما كان قد أصبح مالكا لها بعد ذلك ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني تنطبق في هذه الحالة ، وقد آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ، فينقلب بيع ملك الغير صحيحاً وتنقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد أن يملك البائع العين بالتقادم . ويستوى في ذلك أن يكون البائع قد تملك العين بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير مع حسن النية . مثل التملك بالتقادم الطويل أن يكون البائع حائزاً للمبيع أربع عشرة سنة قبل البيع ، ثم يبيعها وبقى في يده سنة يستكمل بها مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فننتقل إليه الملكية بالتقادم وننتقل في الحال إلى المشتري . ومثل التملك بالتقادم القصير أن يكون البائع قد اشترى العقار من غير المالك وهو حسن النية وبقى واضعاً يده عليه أربع سنوات ، ثم باعه للمشتري مع استمرار وضع يده للسنة الباقية لاستكمال المدة خمس سنوات ، فيملك العقار بالتقادم القصير ، وننتقل منه الملكية إلى المشتري .

أما في الفرض الثاني فإن البائع قد باع عيناً يملكها ، ومواء انتقلت الملكية إلى المشتري أو لم تنتقل بأن كان المبيع عقاراً ولم يسجل المشتري البيع ، فإن البائع ملتزم بضمان العرض . فإذا هو امتنع من تسليم العين للمشتري ، ووضع يده عليها باعتباره مالكا فكان بذلك منتصباً لها ، فإنه يكون متعرضاً للمشتري منذ أول عمل مادي من أعمال وضع اليد التي قد دل على نية التملك ، ومن ذلك الوقت يلتزم بالضمان . ولكن إذا امتنع من تسليم عشرة سنة على العمل دون أن يقطع المشتري التقادم ، ثم أمران : (أولاً) سقطت دعوى المشتري في ضمان العرض بالتقادم المسقط . (ثانياً) تملك البائع العين المبيعة بالتقادم المكسب ، ولا يلزم عليه المشتري أن يمتنع عليه بالتزام الضمان بعد أن سقط بالتقادم . غير أن من فلك أن البائع يستطيع أن يملك المبيع على المشتري بالتقادم إذا

بدأ سريان هذا التقادم بعد البيع ، ولا يحل دون ذلك التزامه بذلك
التعرض . ذلك أن التقادم سبب قانوني يمتلك لاعتبارات ترجع إلى وجوب
استقرار التعامل ، ويستطيع غير المالك أن يمتلك بهذا السبب متى لو كان بائعاً (١)
للمشتري الذي يملكه بالتقادم (٢) .

وهذا هو الذي قضت به محكمة النقض إذ تقول : متى كان الأساس
الذي يمتلك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب
مشروع "ملك لدى واضع اليد" ، كان القول بأن يمتلك البائع باكتساب ملكية
العقار بوضع اليد عليه في المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري
يعتبر من جانبه تعرضاً لا يتفق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً - كان
هذا القول مخالفاً للقانون . (٣) وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية (٤) إلى عكس

(١) فلا مسؤولية على البائع مادام يرتكن في عمله إلى حق مقرر في القانون ، فله مثلاً أن ينفذ
على المبيع يدين له في ذمة المشتري ، وله أن يأخذ المبيع بالشفعة إذا باعه المشتري إلى أجنبي
فيكون له كذلك أن يملك المبيع بالتقادم (الأستاذ عبد المنعم عبد الباقي فقرة ١٣٧ - الأستاذ
منصور مصطفي منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٤ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٧ - الأستاذ
جبار الدين ص ٢٣٠ - ص ٢٣٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر ص ٢٩١ - الأستاذ
منصور مصطفي منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢ - ص ١٥٤ .

وإذا كان المبيع هنا أولاً يسجل المشتري عقد البيع ، فاستبقى البائع الملكية مع الحياة خمس عشرة
سنة . ثم يمتد كما ذكرنا دون حاجة إلى التسجيل بالتقادم المكسب ، وأوفرض أن المشتري
البيع بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يحتج بالتقادم ، إذ يعتبر أنه قد
وضع يده على عقار يملكه له منذ البيع ، وذلك بفضل الأثر الرجعي له قبل فيما بين المتعاقدين
الذين يمتد نفوذهم به . بل أن يسجل المشتري عقد البيع بعد مضي مدة من صدوره ولكن قبل
انقضاء خمس عشرة سنة ، ففي هذه الحالة يصح المشتري مالكا للعقار المبيع من وقت البيع بالنسبة
إلا أن يمتد بفضل الأثر الرجعي للتسجيل ، فإذا أكرن البائع مدة التقادم كان واضحاً يده على ملك
غيره - سبي ، فيملكه بالتقادم .

(٣) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ -
١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٢ ص ٣٦٨ - وانظر أيضاً : استئناف
مخلف ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ -
أولاد سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٧٢ .

رأى محكمة النقض في حكم آخر بمجوز التملك بالتقادم المكسب دون التقادم المانع ،
فقضت بأن من أحكام عقد البيع إلزام البائع بضمان عدم منافاة المشتري في المبيع ، فينتج من ذلك -

هذا الرأي ، وقضت بأن البائع لا يستطيع في هذه الحالة أن يحتج بالتقدم هل المشتري ، لأنه ملتزم بالضمان وهذا الالتزام أبدي لا يسقط بالتقادم (١). ومن البسير الرد على هذه الحجة ، فانه إذا كان التزام البائع بضمان التعرض الصادر منه التزاماً أبدياً ، إلا أنه متى وقع منه تعرض فعلا فقد تحقق الضمان ، وكان للمشتري دعوى الرجوع به على البائع ، وهذه الدعوى تستلزم كسائر الدعاوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نشوئها أى من وقت وقوع التعرض فعلاً (٢).

٣٣٢- (٢) المدين في الالتزام بضمانه التعرض الصادر عن البائع -

عدم قابلية الالتزام بالتقادم : الملتزم بضمان التعرض هو البائع ، وهو الذى يقع منه التعرض الموجب للضمان (٣). ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف

= أبدأ التعرض للمشتري ، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم أبداً التعرض للمشتري فيما كسب من حقوق بموجب العقد ، إلا إذا توافرت لديهم من بعد تاريخ عقد البيع شروط وضع اليد على الأرض المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية وفق ما جرى به قضاء هذه المحكمة . ولما كان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعة لعقودها عن رفع دعاوها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد موضوع الدعوى هو من قبيل المنازعة المستتعة قانوناً على المطعون عليهم بمتنفيى إلزام القانون موطنهم بأن السالف الذكر ، وكان هذا الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعة استناداً إلى هذا الدفاع ، فيكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدنى ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٠ ص ٥٦٩) . ونرى أنه يجوز للبائع أن يتمسك بالتقدم للمسقط إذا انقضت خمس عشرة سنة ، لا من تاريخ صدور البيع ، بل من تاريخ وقوع التعرض منه فعلاً . فإذا رفع المشتري ، بعد انقضاء المدة ، دعوى الضمان ، جاز للبائع أن يدفعها بالتقدم المسقط ، بصرف النظر عما إذا كان قد كسب المبيع بالتقدم المكسب أو لم يكسبه (أنظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١١٥ - ص ١١٦) .

(٤) نقض فرنسى ١٣ مايو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ - ١ - ١٤٣ .

(١) ويؤيد رأى محكمة النقض الفرنسية أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ - بيدال ١١

فقرة ٢٠١ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠٤ .

(٢) قارب بلانيول وويبير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(٣) وفي البيع الجبرى يعتبر المدين دائماً ، وهو الذى يقع عليه ضمان المبيع ، فلا يحق له أن يتعرض لראسى عليه المزداد بنفسه تعرضاً مادياً أو تعرضاً قانونياً ، كأن يدعى الملكية لنفسه بأى سبب من أسباب التملك (استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رم ٢٤٩) .

العام ، لأن الالتزام في القانون المصري لا يشمل من المورث إلى الوراث ، بل يبقى في التركة . فإذا باع شخص شيئاً مملوكة لأول ثم مات ، فإن الوراث يستطيع أن يسترد البين من المشتري ، ولا يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأنه ملتزم بالضمان ورثة من مورثه ، فإن هذا الالتزام لم ينتقل إليه (١) . ولكن الالتزام بالضمان يبقى في التركة كما قدمنا ، ومن ثم يرجع المشتري على التركة بالتعويض ، ولا يأخذ الوراث من التركة شيئاً قبل استئصال هذا التعويض منها . كذلك لا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص . فلو باع شخص عقاراً ، ثم أوصى به لشخص آخر ، وبعد موته بادر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع ، فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان ليسترد منه العقار أو يستبقه إذا استرده الموصى له ، لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له ، بل بقي في التركة . وللمشتري أن يرجع بالتعويض على التركة ، ويقدم في رجوعه بهذا الحق على الموصى له ، فلا يأخذ الموصى له العقار إلا إذا كان الباقي من أموال التركة يفي بالتعويض ويبقى من هذا الباقي ما لا يقل عن ضعف قيمة العقار حتى لا تزيد الوصية على ثلث التركة بعد استئصال الديون . ولا يتعدى الالتزام بالضمان للبائع إلى دائته ، فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري البيع بادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار وسجل تنبيه نزع الملكية ، فمن حق الدائن أن يستمر في التنفيذ ولا يحتج عليه المشتري بأنه ملتزم بالضمان من مدينه ، فإن هذا الالتزام لا يتعدى إليه كما قدمنا .

والزام البائع بضمان تعرضه لزام بالامتناع عن عمل هو التعرض للمشتري في ملكيته وانقاعه بالمبيع ، فهو إذن لزام غير قابل للانقسام (indivisible) ، حتى لو كان المبيع ذاته قابلاً لأن ينقسم . ويترتب على ذلك أنه لو تعلق هذا الالتزام بدمه أكثر من شخص واحد ، لم ينقسم الالتزام على المدينين المتعدين ، بل يكون كل منهم مدين بالالتزام كله . فلو كان شخصان يملكان داراً في الشيوع ،

(١) الأستاذ عبد المنعم الهمداني في مادة الالتزامات - الأستاذ سعيد الشرفاوي ص ١٢٠
هامش ٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور في مادة الالتزامات ص ٨١ - ١٤٦ - ص ١٤٧ - وفارن
الأستاذ أنور سلطان في مادة الالتزامات ص ٢٢٢ - ٣٢٢ - وفارن ٢٢٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى
فقرة ١٦٤ ص ٢٨٦ - الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٣٤٧ .

وباعاها معاً ، ألزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل الدار وليس في النصيب الذي باعه فحسب . ولو ظهر بعد ذلك أن أحد الشخصين الباعين هو الذي يملك الدار كلها وأن الشخص الآخر لا يملك فيها شيئاً ، فإن الشخص الأول يبنى ملتزماً بعدم التعرض في كل الدار ، ولا يستطيع أن يسترد من المشتري النصيب الشائع الذي لم يبعه لأن التزامه بعدم التعرض غير قابل للانقسام ، ويجوز للمشتري أن يدفع استرداداً بأنه ملتزم بعدم التعرض . فلا يبقى في هذه الحالة للشخص الأول إلا أن يرجع على الشخص الآخر الذي ظهر أنه لا يملك شيئاً في الدار . وهذا هو الحكم لو أن شخصين ورثا داراً فباعاها معاً ، ثم ظهر أن أحدهما هو الوارث وحده ، فلا يجوز له أن يسترد شيئاً من المشتري ، إذ هو ضامن لتعرضه في كل الدار . وهذا هو ما أجمع عليه القضاء والفقه في فرنسا (١) ، وسار عليه الفقه في مصر (٢) .

٣٣٣- (٣) الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع: الدائن في هذا الالتزام هو في الأصل المشتري ، فهو الذي يقع عليه التعرض

(١) نقض فرنسي ٥ يناير سنة ١٨١٥ سيرة ١٥-١-٢٣١-١١ أغسطس سنة ١٨٣٠ سيرة ٢٠-١-٣٩٥-٢ نقض بلجيكي ٥ يونيو سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦-٢-٢٠٩ وباسيكريزي ٥٦-١-٣٠٨ - جيور ١-٢٤٣ فقرة ٢٤٤-أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هاش ٨ و١٢-لوران ٢٤ فقرة ٢١٥-بودري وسينيا فقرة ٣٦٢-بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٣-كولان وكابيتان ، فقرة ٩٠٣-ويعرض بولانجييه هل هذا الحكم ، ويميل إل التمييز ما بين التعرض المبنى هل سبب مادي وهذا غير قابل للانقسام والتعرض المبنى هل سبب قانوني وهو قابل له (بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٥١٦-وانظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٠٩٦) .

وكان الحكم في القانون الفرنسي القديم غير ذلك ، إذ كان الالتزام يتقسم ، فإن استرد البائع الأول النصيب الذي لم يبعه في الدار ، جاز للمشتري أن يلزمه بأخذ الدار كلها حتى لا تتجزأ عليه الصفقة . ويسترد المشتري من البائع الأول كل الثمن ، ثم يرجع البائع الأول على البائع الثاني بما دفعه منه (بوتييه في البيع فقرة ١٧٢) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٧-الأستاذ محمد هل إمام فقرة ٢١٤-الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٨-الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٦٦ ص ٢٣٠-الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ٢٩٣-الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١-الأستاذان أحمد نجيب الهلال وسامد زكي فقرة ٣٤٧-فقرة ٣٤٨ . وقارن الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٧ .

هامة . وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام ، لأن الخرق مخالف الديون تنقل من المورث إلى الوارث . مع أن شخصاً اشترى داراً ، وتركها لوارث ، وتعرض البائع لهذا الوارث في الدار ، كان للوارث أن يحتج عليه بالتزام بضمان التعرض كما كان يحتج مورثه . وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة ، فلو أن شخصاً باع داراً ، وباع المشتري الدار لمشتري ثان ، كان البائع ملزماً بعدم التعرض لا للمشتري الأول فحسب ، بل أيضاً للمشتري الثاني وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في الدار المبيعة . وللمشتري الثاني أن يرجع على البائع بدعوى مباشرة ، هي دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول وقد انتقلت إلى المشتري الثاني (١) .

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للتعرض . فلو أن شخصاً باع عيناً غير مملوكة له ثم ملكها ، فإنه لا يستطيع أن يستردها من المشتري كما سبق القول لالتزامه بعدم التعرض ، وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشتري من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من هذا الالتزام .

٣٣٤ - (٤) البيع الذي يفتى ، الضمان : وكل بيع يفتى الضمان ،

فيتولد منه التزام في ذمة البائع بعدم التعرض للمشتري . يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل ، ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً .

فاذا باع شخص عقاراً ، ثم باعه مرة أخرى إلى مشتري ثان ، وبادر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فاز البائع يكون ملتزماً بضمان التعرض نحو المشتري الأول ولو أن البيع الصادر لهذا المشتري غير مسجل . وكذلك يكون البائع ملتزماً بضمان التعرض إذا صدر هذا التعرض من دائنه في بيع غير مسجل . فاذا باع شخص عقاراً ، ولم يسجل المشتري البيع فحق العقار مملوكاً للبائع ، وبادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار فسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل

(١) كذلك لو كان الخلف الخاص مورثاً له فإنه يكون دائناً بضمان التعرض لمن باع الراغب ، وله أيضاً دعوى مباشرة ، وهذه بخلاف الدعوى غير المباشرة التي يستطيع رفعها باسم الراغب (بودي وسبينا فقرة ٣٥٩ ص ٣٦٤) .

المشتري عقد البيع ، فقد قدمنا أن للدائن أن يستمر في التنفيذ ، ويبقى البائع ملتزماً بالضمان نحو المشتري ولو أن البيع لم يسجل (١).

وضمان التعرض واجب في بيع المزداد وجوبه في بيع المساومة ، ويستوى ١٢ قدمنا أن يكون البيع بالمزاد قضائياً أو إدارياً أو اختيارياً . وسنرى أن ضمان العيوب خفية لا يجب في البيوع الجبرية ، قضائية كانت أو إدارية ، فقد نصت المادة ٤٥٤ مدني على أنه ولا ضمان للعيوب في البيوع القضائية ، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد . ولكن ضمان التعرض واجب في كل هذه البيوع . فإذا باع الدائنون على المدين ماله في المزداد ، نشأ عن هذا البيع التزام بعدم التعرض ، وهذا الالتزام يتعاقد بذمة البائع كما هو الأمر في كل بيع آخر . والبائع هنا ليس هم للدائنين الذين باعوا على المدين العين بالمزاد ، ولكنه هو المدين نفسه فهو صاحب العين وقد بيعت عليه ، فيكون ملتزماً بعدم التعرض للمشتري الذي رسا عليه المزداد (٢) .

٣٣٥ - (ب) ما يترتب على قيام ضمانه التعرض الصادر من البائع :

الالتزام البائع بعدم التعرض للمشتري التزام دائم ، فيجب على البائع أن يتمتع عن التعرض للمشتري في أي وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل المشتري عقد شرائه لا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فالحكم الذي يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن نزع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إعماله في تسجيل عقد شرائه ، مما يمكن دائن البائع الشخصي من نزع ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً لقانون متيناً نقضه (نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة هر ١ رقم ٢٢٦ ص ١٠٤٩) .

وضمان التعرض في ذلك كضمان الاستحقاق ، فالضمانان واجبان حتى في بيع غير مسجل . ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « هذا وضمان الاستحقاق واجب حتى في بيع غير مسجل ، كما إذا باع البائع العقار مرة أخرى قبل أن يسجل المشتري الأول ، وكما إذا نقل الدائن الشخصي للبائع على العقار المبيع قبل تسجيل البيع : نقض ١٣ فبراير سنة ١٩٣٦ منقح مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٢٤ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢) .

(٢) ويلتزم البائع نحو الشفع بضمان التعرض ، كما كان يلتزم نحو المشتري قبل الأخذ بالشفعة . ويجوز أيضاً لمسترد حصة شائعة في منقول باعها أحد الشركاء لأجنبي (م ٨٢٣ مدني) الرجوع على الشريك البائع بضمان التعرض .

أكثر من خمس عشرة سنة وهي مدة للتقادم (١). فإذا أخل به البائع بأن تعرض فعلا للمشتري ، تولد عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعريض . وهذا الالتزام الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم ، فإذا لم يطالب به المشتري في خلال خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا ، سقط بالتقادم كما قدمنا ، ولا يستطيع المشتري بعد ذلك أن يطالب به البائع .

هذا الالتزام الجزائي هو الذي يترتب على قيام ضمان التعرض . وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام باختلاف الأحوال التي يقوم فيها ضمان التعرض . فإذا كان تعرض البائع للمشتري قائماً على أعمال مادية محضة ، كمنافسة المشتري في متجر المبيع ، وجب على البائع تعريض المشتري مما أصابه من الضرر بسبب هذه المنافسة ، ووجب في الوقت ذاته أن يقفل البائع المتجر الذي أنشأه ، ويجوز أن يحكم عليه بتهديد مالي عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن إقفال المتجر (٢) .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على تصرف قانوني صادر منه ، بأن باع مثلاً العقار مرة أخرى لمشتري ثان وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى التسجيل ، فلا مناص من تقديم المشتري الثاني على المشتري الأول ، ويرجع المشتري الأول في هذه الحالة بالتعريض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للمبيع ، وإما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على أنه يدعى لنفسه حقاً على المبيع ، بأن كان مثلاً قد باع عيناً غير مملوكة له ثم تملكها بعد ذلك ، فالجزاء هنا يتخذ صورة خاصة هي أن ترد دعوى البائع باسترداد المبيع من المشتري ، فلا يستطيع البائع أن يسترد العين ، لأن من وجب عليه الضمان لا يستطيع الاسترداد كما سبق القول . بل إن البائع ، لو لم يملك البيع بعد البيع ، لا يستطيع أن يطلب إبطال البيع

(١) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٨٩ من ٩٢ .

(٢) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٩١ من ٩٥ - عهد لفتح عبد الباقى فقرة ١٢٨ .

الصادر منه للمشتري ، لأن في طلب إبطال البيع ضرباً من التعرض للمشتري
والأصح ملزم بعدم التعرض (١).

وفي أحكام بيع ملك الغير ما يفتق مع ما قدمناه من الأحكام . فالبايع إذا باع
عيناً غير مملوكة له ثم ملكها بعد ذلك ، انقلب بيع ملك الغير صحيحاً وانتقلت
الملكية إلى المشتري من البائع ، وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع في هذه الحالة
أن يستد المبيع من المشتري إذ يواجه بالتزام الضمان . كذلك لا يستطيع البائع
أن يطالب بإبطال البيع الصادر منه لعين غير مملوكة له ، لأن قابلية بيع ملك
الغير للإبطال إنما تقررت لصالح المشتري لا لصالح البائع ، وهذا يؤيد أن البائع
لا يستطيع طلب إبطال البيع إذ يواجه كما قدمنا بالتزام الضمان (٢) .

٣٣٦ - (ج) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر

مرد البائع : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من التقنين المدني على ما يأتي :
« إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ
عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك » (٣) .

وبعبر عن هذا النص لحالة واحدة من أحوال ثلاث في الاتفاق على تعديل

(١) وقد أورد كولان وكابيتان مثلاً لتعرض الصادر من البائع أن يطالب بإبطال بيع صدر
منه في عين غير مملوكة له ، فبعد هذا تعرضاً من المشتري ولا تقبل دعواه (كولان وكابيتان ،
فقرة ٩٠٤) .

(٢) وقد يقوم تعرض البائع على تقديمه بطن في سند ملكيته للمبيع ، فإذا قبل هذا الطعن
تأثر حق المشتري . مثل ذلك أن يكون البائع قد تقاسم مع شركائه في الشيوخ ، وباع حصته التي
أفرزتها هذه القصة ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن في القصة بالإبطال ، لأن هذا الطعن من
شأنه أن يؤثر في حق المشتري لحصة المنزلة ، فيعتبر الطعن تعرضاً من المشتري ، ومن ثم
لا يسرى في حق هذا المشتري . (انظر في هذا المدعي بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٥
هامش ٢) .

(٣) أنظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له في التقنين المدني السابق وفي التقنينات
المدنية العربية الأخرى ما يمل فقرة ٣٥٥ - ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المدني الجديد
وبين التقنين المدني السابق والتقنينات المدنية العربية الأخرى .

حكام ضمان التعرض ، وهي حالة الاتفاق على إسقاط الضمان (١) . ويرجع إلى جانب هذه الحالة حالتان أخريان : حالة الاتفاق على زيادة الضمان وحالة الاتفاق على إنقاص الضمان .

أما الاتفاق على زيادة الضمان فجائز . ذلك أن البائع يلتزم ، إذا لم يقع اتفاق على أى تعديل فى أحكام الضمان ، بضمان التعرض الصادر منه المشتري في ملكته للمبيع وفي انتفاعه به الانتفاع المألوف . فإذا أراد المشتري الانتفاع بالمبيع انتفاعاً خاصاً يقضى ألا يقوم البائع بأعمال معينة تتعارض مع هذا الانتفاع الخاص ، جاز أن يتفق مع البائع على ذلك . فإذا كان المبيع متجراً لسلعة معينة . ويبدأ المشتري أن يضيف إلى هذه السلعة سلعة أخرى لم يكن البائع يتجر فيها ، جاز أن يتفق مع البائع على ألا ينشئ إلى جانبه متجراً تباع فيه السلعة الأصلية أو السلعة الأخرى ، ويمنون المشتري هنا قد اتفق مع البائع على زيادة الضمان (٢) .

وكذلك الاتفاق على إنقاص الضمان جائز . مثل ذلك أن يشترط المبيع المتجر على المشتري عدم منعه من إنشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التى يبيع فى محلها المتجر المبيع ، ففى هذا الاتفاق إنقاص من ضمان البائع للتعرض .

ولكن الاتفاق على إسقاط الضمان الناشئ عن فعل البائع إسقاطاً تاماً غير جائز . ويكون الاتفاق فى هذه الحالة باطلاً . ففى المثل المتقدم لا يجوز للبائع أن ينشئ متجراً ينافس به المتجر المبيع منافسة غير محدودة ، ولو اشترط البائع عدم الضمان . كذلك إذا صدر من البائع تصرف قانونى بعد البيع يتعارض مع حق المشتري ، كأن يبيع العقار مرة ثانية ويبادر المشتري الثانى إلى التسجيل فى المشتري الأول ، كان البائع ضامناً لتصرفه هذا حتى لو اشترط عدم الضمان (٣) .

(١) والمقصود بعبارة « عدم الضمان » الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ مدنى هو إسقاط الضمان لا إنقاصه (أنظر ما بيل فقرة ٣٥٧ فى الهاش وفقرة ٣٥٩ فى الهاش) .

(٢) أنظر فى أمثله أخرى لتشديد الضمان أدبرى وردو . فقرة ٣٥٥ ص ٦٢ وهاش رقم ٥ مكرر رابعا - بلانيول وريبير وهامل ١٥ ص ٩٣ هاش رقم ١ .

(٣) أنظر فى أمثله أخرى لإنقاص الضمان بودوى وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٥ - ص ٤١٦ -

بلانيول وريبير وهامل ١٥ فقرة ٩٤ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط عدم الضمان للوارد فى البند الحادى والعشرين من =

ولا يجوز أيضاً أن يمنح البائع بحق له مستحدث على المبيع ، ولو كان في عقد قد اشترط عدم الضمان . وقد روعي في هذا كله أن البائع لا يجوز له أن يشترط عدم مسئولته عن فعله ، كما لا يستطيع أن يشترط عدم مسئولته عن غشه أو عن نقصه (١).

المطلب الثاني

التعرض الصادر من الغير

٣٣٧ - مسائل مطروحة : نبحث في التعرض الصادر من الغير بمسائل الثلاث التي بحثناها في التعرض الصادر من البائع : (١) متى يقوم هذا الضمان (٢) ما يترتب على قيام الضمان . (٣) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

١٩ - متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٣٨ - مخطط البحث : ونتبع هنا أيضاً خطة البحث التي اتبعناها في التعرض الصادر من البائع ، فنبحث : (١) أعمال التعرض . (ب) المدين : الالتزام بالتعرض . (ج) الدائن في هذا الالتزام . (د) البيع الذي ينشأ عن هذا الضمان .

٣٣٩ - (١) أعمال التعرض الصادر من الغير : حتى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (أولاً) أن يقع التعرض

= شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة ، ومزاد أن المشتري يشتري ساقط الخيار ، لا يسقط عن البائع (وزارة الأوقاف) ضمان عدم تسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت رسو المزاد وقصره فيه بالهدم والبناء وبيع بعضه وقبض فته ، ما دام كل ذلك كان من فعله وبعد رسو المزاد (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٧ ص ٢٩١) .
(١) بودري وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ - بلانويول وريبير وهامل ١٠
نقطة ٩٤ .

فعلا . (ثانياً) أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على المبيع . (ثالثاً) أن يكون هذا الحق سابقاً على البيع ، فإذا كان تالياً له وجب أن يكون الغير قد استمده من البائع .

٣٤٠ - أولاً - أنه يقع التعرض فعلاً : قلنا أن المادة ٤٩٣ مدني تقضي بأن «بضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانضاع بالمبيع كله أو بعضه» سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع بمنحج به على المشتري . فيجب إذن أن يقع التعرض فعلاً من الغير ، والغير هنا هو أجنبي ليس طرفاً في عقد البيع . فيدعى الغير حقاً على المبيع ، ويرفع بهذا الحق دعوى على المشتري ، وهذا هو في الأصل معنى وقوع التعرض فعلاً (١) . وهذه الدعوى تختلف باختلاف الحق الذي يدعيه الغير ،

(١) نفقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ - أما إذا لم يقع التعرض فعلاً بل خيف من وقوعه ، فإن هذا لا يمكن التحقق الضمان . ولكن المشتري في هذه الحالة ، إذا كان لم يدفع الثمن ، يجوز له حبسه مجرد الخشية من وقوع التعرض ، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطلب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً (م ٥٧٤ م حلف) . فإذا كان المشتري قد دفع الثمن ، وخشى من وقوع تعرض لما يقع ، فليس له أن يستعده الثمن ليحبه ، وليس له رفع دعوى ضمان التعرض ما دام التعرض لم يقع ، ولكن يمكنه أن يطلب فسخ البيع ، ويكون له الحق أيضاً إذا كان المبيع غير مملوك للبائع أن يطلب إبطال البيع (بلانيرول وروبير وهامل ١٠ ص ٩٩ هامش ١) .

ويترتب على ما قلناه أن مجرد وجود حق رهن على المبيع لا يتحقق به الضمان ، ما دام الدائن المزمع لم يتخذ أي إجراء على العين المبيعة (نفقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦ - استئناف مخطط ٣١ رابوحت ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٣) ، وقد لا يتخذ هذا الإجراء إذا استوفى من البائع حقه (بودري وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة أولاً) . ولكن متى أخذ الدائن المزمع المشتري بالدفع أو التخلي ، يكون معرض قد وقع فعلاً (استئناف مخطط ٩ مارس ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) . على أن مجرد ظهور حق رهن أو حق اختصاص أو حق ارتفاق على العين يميز للمشتري طلب فسخ البيع ، وإن لم يحصل التعرض فعلاً (استئناف وطني ٢٦ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٥١ - ٨ مارس سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص ٨٩ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١١ الحقوق ٣٨ ص ١٣٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع رقم ١/١٢٠ ص ١١٦ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٨ ص ٣٤٢) . كذلك إذا كان المبيع في حيازة غير البائع ، قلنا هذا لا يمكن التحقق الضمان ، والمشتري أن يطلب من البائع تسليم المبيع ، كما يجوز له أن يرفع دعوى استرداد على الحائز فان لم يسلم =

(م ٤١٢ - الوسيط ج ٤)

فقد نكون دعوى استحقاق كلى بطالب بموجبها الغير المشتري بملكية المبيع كله ، أو دعوى استحقاق جزئى بطالب بموجبها بملكية بعض المبيع ، أو دعوى رهن بطالب فيها بدين مضمون برهن على المبيع (١) ، أو دعوى ارتفاق بطالب فيها بحق ارتفاق على المبيع ، أو دعوى إيجار يتمسك فيها الغير غير المشتري بعقد إيجار صدر له كمتأجر . وقد لا يكون الغير هو المدعى فى هذه الدعوى ، بل يكون مدعى عليه . ويتصور ذلك بأن يكون المبيع فى يد الغير ، فيرفع عليه المشتري بعد صدور البيع دعوى بطالب فيها به . يتمسك الغير فى هذه الدعوى بالحق الذى يدعيه على المبيع بموجب دفع بدفع به دعوى الاسترداد التى رفعها المشتري . فالتعرض إذن يكون واقعاً فعلاً من الغير ، بدعوى ترفع أمام القضاء يكون فيها الغير إما مدعياً أو مدعى عليه (٢).

= بدعواه بل ادعى أن له حقاً على المبيع تحقق ضمان التعرض (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانياً) . وبمجرد الخشية من الاستحقاق لا يمكن (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٥ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣١) ، وكذلك لا يمكن عدم تسليم مستندات الملكية مادام لم يتعرض أحد للمشتري (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ١٥٨) ، ولا بمجرد عدم إثبات ملكية البائع للبيع (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦) ، ولا عدم شطب الرهن إذا كان الدين قد دفع (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧) .

ولكن يمكن الرجوع بضمان التعرض أن يكون المشتري لم يستطع الانتفاع بالمبيع ، حتى لو لم ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المستحق (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣٨) . وإذا وقع التعرض للمشتري ونزعت حيازته ، فالمشتري هو الذى يرفع دعوى الاسترداد لا البائع ، إذا لا صفة لبائع بعد البيع فى رفع هذه الدعوى (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ م ١٤ ص ١٠٥ رقم ١/٢١٦) . وإذا رفعت دعوى ضمان الإشتقاق ، جاز للبائع دفعها بأن المالك قد أقر البيع ، وهذا بخلاف دعوى الإبطال فى بيع ملك الغير (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٥) .

(١) وذلك بأن يلجأ الدائن المرتهن إلى مزع ملكية العقار المبيع ، ويقع التعرض فى هذه الحالة كما قدما بمجرد إنذار المشتري بالدفع أو التخلية ، فيجوز عندئذ للمشتري أن يطلب من البائع أن يدفع عنه هذا التعرض بأن يوفى الدائن دينه أو يعمل على شطب الرهن بأية وسيلة . ويجوز الحكم على البائع بغرامة تهديدية حتى يقوم بمنع التعرض (الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٤٦ يشير إلى حكيم فى هذا المعنى) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ضمان المبيع المترتب على البيع ينحصر فى تسليم المبيع دون منازعته فيه من الغير . فإذا هجز البائع عن التسليم أو هجز عن كف منازعة =

على أن رفع الدعوى أمام القضاء ، وإن كان التعرض من الغير يقع به في الغالب ، ليس ضرورياً لوقوع التعرض فعلاً ، فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى . ويتحقق ذلك إذا اعتقد المشتري أن الغير على حق فيما يدعيه (١) ، فيسلم له ادعائه أو بصالحه عليه أو يدفع له الدين المضمون برهن على أن المبيع أو نحو ذلك (٢) . ولكن المشتري في هذه الحالة يخاطر بأحد أمرين : أولهما أن يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المشتري ، وعندئذ يفقد المشتري حقه في الرجوع على البائع بالضمان . والثاني أنه حتى إذا لم يستطع البائع أن يثبت ذلك ، فإن له ، طبقاً للمادة ٤٤٢ مدني . أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه للبائع أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية والمصروفات ، وسيأتي بيان ذلك .

كذلك يعتبر التعرض واقعاً فعلاً دون أن ترفع دعوى ، إذا كان البائع غير مالك للمبيع ، وبعد البيع ملكه المشتري بسبب آخر غير البيع الصادر له . مثل ذلك أن يبيع شخص عيناً غير مملوكة له ، فلا تنتقل الملكية للمشتري بالبيع ،

= الغير للمشتري وجب عليه الضمان. وهذا الضمان في الحالتين مرجعه بيع البائع ما لا يملك ، إلا أن المبيع كان في الحالة الأولى تحت يد الغير وقت البيع فتعذر التسليم ، وكان في الحالة الثانية تحت يد المشتري فاسترده مالكه الحقيقي ونزعت بذلك الملكية من المشتري . وإنه يترتب على هذا الضمان بطلان البيع في الحالة الأولى أو فسخه في الحالة الثانية وإلزام البائع برد الثمن مع التفضيحات (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ ص ١٣٦٤) . ولا يفهم من هذا الحكم أن الضمان في الحالة الأولى محصور في بطلان البيع باعتباره بيع ملك الغير ، ذلك أن ضمان الاستحقاق يقوم حتى في هذه الحالة ، ويكون للمشتري الخيار بين إبطال البيع باعتباره بيع ملك الغير ، وبين الرجوع بضمان الاستحقاق على البائع (أنظر الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٠٥ ص ٣٥٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٩ ص ٢٩٢ - وانظر بودري وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانياً - دى باج ٤ فقرة ١٣٨) .

(١) وقد يكون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب قوية ، كما إذا كان المبيع مرهوناً فيخليه قடன் المرتهن (يبدان ١١ فقرة ١٩١ أولاً) ، أو كان سند ملكية البائع عقد هبة ورزق الواهب بعد المنة ولداً أو كان الواهب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا هو حي ثم يرجع الواهب في هبة (م ٥٠١ حرف ج مدني) . أنظر في هذا المعنى بودري وسينيا فقرة ٣٥٠ ص ٣٤٧ - أنسيكلويدى دالوز لفظ vente فقرة ١٢٩١ .

(٢) أنظر المادة ٤٤٢ مدني وسيأتي بيانها - وانظر أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٧ - يبدان ١١ فقرة ١٩١ ص ١٤٥ .

ولكن المشتري يرث العين من المالك أو يشترها منه أو يوصى المالك له بها فتنتقل إليه الملكية بسبب آخر غير البيع ، فتكون العين في الواقع من الأمر قد استحققت للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك من المالك الحقيقي إلى المشتري (١) . ومن ثم تكون العين قد استحققت فعلاً ، فوجب البائع ضمان الاستحقاق (٢) .

ويتربى على أن ضمان التعرض والاستحقاق لا ينحقق إلا من وقت وقوع أعمال التعرض أو ثبوت الاستحقاق ، أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى ضمان التعرض إلا من وقت وقوع التعرض ، ولا يسرى بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من وقت ثبوت الاستحقاق (٢/٣٨١ مدني) ، ومدة التقادم في الحالتين خمس عشرة سنة . ويبقى البيع مرتباً لضمان التعرض والاستحقاق دائماً كما سبق القول ، ولا يسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض أو ثبوت الاستحقاق (٣) .

٣٤١ - ثانياً : أنه يكونه التعرض هو ادعاء الغير صفا على البيع

هنا يجب التمييز بين التعرض المبني على سبب مادي والتعرض المبني على سبب

(١) أو يكون البيع مرهوناً ، فيدخل المشتري في المزايدة فيسوق عليه بتكاليف أكثر فيرجع بدعوى الاستحقاق على البائع ، أو يدفع الدين للدائن المرتهن حتى لا يتابع الدين فيرجع على البائع بما دفعه على أساس ضمان الاستحقاق (بودري وسينيا فقرة ٢٥٠ ص ٣٤٨ - أنسيكلوبيدي والقوز ه لفظ vente فقرة ١٢٩٥) .

(٢) لوران ٢٤ فقرة ٢١٦ - أوبري ورو ه فقرة ٢٥٥ ص ٦٧ - بودري وسينيا فقرة ٢٥٠ - أنظر أيضاً بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٠ ص ١٠٦ (ويميلون إلى القول بأن المشتري يكتسب في هذه الأحوال بدعوى الفسخ أو دعوى إبطال بيع ملك الغير) .

(٣) نفس مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٥ دسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ - استئناف وطني ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٢ ص ٤١ - استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٢٠ ص ٢٥٧ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢/١٦٥ ص ٣٤٢ - استئناف مخطوط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٧ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٨ - استئناف مخطوط (دوائر مجتمعة) ٢٣ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٦ .

قانونى . وقد رأينا فى التعرض الصادر من البائع أنه يستوى أن يكون التعرض مبنياً على سبب قانونى أو مبنياً على سبب مادى ، أما فى التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانونى .

فالتعرض المبنى على سبب مادى الصادر من الغير لا يتحقق به ضمان البائع لهذا التعرض (١) . ويكون التعرض مبنياً على سبب مادى ، كما رأينا ، إذا لم يكن الغير بدعى فى تعرضه حقاً على المبيع ، بل هو يلجأ فى تعرضه للمشتري إلى أعمال مادية محضة ، بل وإلى تصرفات قانونية ، ولكنه لا بدعى فى كل ذلك أن له حقاً على المبيع . فاذا انتزع الغير المبيع من المشتري عنوة ، كان هذا عملاً مادياً محضاً ، ولا يكون البائع مسئولاً عنه . ويجزى المشتري فى ذلك الحماية العامة التى يولها إياه القانون ، فهو يستطيع أن يواجه الغير بدعوى منع التعرض واسترداد الحيازة ونحوها إذا توافرت شروطها ، وهو يستطيع أن يرفع شكواه إلى الجهات الإدارية وغيرها لمنع الغير من اغتصاب ملكه ، ويستطيع فى جميع الأحوال أن يرجع على الغير بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر بسبب هذا التعلل المادى ، وليس للبائع شأن فى شيء من ذلك . وإذا كان المبيع متقولاً وسرقه الغير من المشتري ، كان الحكم هو ما قدمناه . وإذا كان المبيع متجراً وأقام الغير إلى تجاره متجراً مماثلاً ونافس للمشتري منافسة غير مشروعة ، فليس البائع مسئولاً عن ذلك ، وعلى المشتري أن يرجع على الغير بجميع الدعاوى التى يقررها القانون فى مثل هذه الحالة . وإذا كان المبيع داراً ، وأجرها الغير دون أن بدعى أن له حقاً فى إيجارها ، فهذا تصرف قانونى يعتبر فى حكم الأعمال المادية ، ولا يكون للبائع شأن فيه ، وعلى المشتري أن يطرد المستأجر من داره وأن يقاضى الغير الذى أجره له بالوسائل التى يخولها إياه القانون . فما دام الغير لا بدعى حقاً مادى للبيع ينجح به على المشتري ، فالتعرض الصادر منه يعتبر تعرضاً مبنياً على سبب مادى ، ولا يكون البائع

(١) نقض مدنى ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٤ (ولو كان الضمان مضمناً عليه فى المقد) — استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢١٠ — ٢٠ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٨٣ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٩ .

ضامناً له أو مسئولاً عنه (١) .

وحتى يكون البائع ضامناً لتعرض الغير يجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني ، كما سبق القول ، وذلك بأن يدعى الغير حقاً على المبيع بحيث به على المشتري في دعوى برفعها عليه (٢) ، أو ترفع عليه من المشتري ، أو دون دعوى مع وقوع التعرض فعلاً (٣) ، على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . ولا يلزم أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتاً ، بل يكفي مجرد الادعاء به حتى لو كان هذا الادعاء ظاهر البطلان (١) .

وهذا الحق الذي يدعيه الغير على المبيع وبحسب به على المشتري يجوز أن يكون حقاً عيبياً أو حقاً شخصياً . وكان التقنين المدني السابق (م ٣٧٤/٣٠٠) يشترط أن يكون حقاً عيبياً (٥) ، فصالح التقنين المدني الجديد هذا الخطأ

(١) استئناف مخطوط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٤٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٩ - وإذا كان التعرض المادى الصادر من الغير قد وقع قبل تسليم المبيع ، وجب على البائع دفعه ، ولكن لا يوجب التزامه بالضمان ، بل - التزامه بالتسليم (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٥٩) .

(٢) أما إذا رفع الغير الدعوى على البائع ، ولم يدخل فيها المشتري ، فالحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة على المشتري ، ومن ثم لا يكون هناك محل لرجوع المشتري على البائع بضمان التعرض أو الاستحقاق (نفس مدى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٥ ص ٢٥١) .

(٣) ويشترط ألا يكون المشتري قد تسبب بخطئه في هذا التعرض ، كمن كان قد تعهد بدفع الدين المضمون برهن على المبيع ولم يدفعه ففزع الدائن المرتهن ملكية المبيع (استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣/٣٠٠ ص ٤٢٨ - المنيا ٢٢ يولييه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٢٩٥ ص ٥٧٢) .

(٤) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩

(٥) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن المادة ٣٠٠ مدنى صريحة في أن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية ، وحق المستأجر على المير المؤجرة ليس إلا حقاً شخصياً ، فهو لا يدخل في حكم هذه المادة (نقض مدى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦) . وأنظر أيضاً : استئناف وطنى ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٥ ص ٢٧٤ (لا تدخل في الإجارة في عبارة التكاليف) - استئناف مخطوط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ .

وأطلق ولم بشرط في الحق أن يكون حيناً (١) .

ومثل الحق العيني الذي بدعه الغير على المبيع حتى الملكية على المبيع كله أو على جزء منه شائع أو غير شائع ، فيتقدم الغير إلى المشتري باعتباره المالك الحقيقي للمبيع كله أو بعضه وبطلب برد ما بدعه ، ويرفع عليه دعوى استحقاق كلى أو جزئى (٢) . وقد يكون الحق العيني حتى رهن بدعه الغير على المبيع ، أو حق اختصاص (٣) ، أو حق امتياز ، وقد يكون حق انتفاع ، أو حق حكر (٤) ، أو حق ارتفاق (٥) . ولم يميز التقنين المدني المصرى بين حق الارتفاق وبين غيره من الحقوق العينية الأخرى التى تقدم ذكرها ،

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٩ فى الهامش . والعبارة بتاريخ ابيع ، فإذا كان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى للتقنين السابق ، وإلا فالتقنين الجديد .

(٢) فإذا كان الغير يطالب بشئ ليس جزءاً من المبيع ، لم ينحصر الضمان حتى لو ظن المشتري خطأ جزءاً من المبيع ، كما إذا اشترى شخص أرضاً ورأى أشجاراً مفروسة فى حدودها فظنّها تابعة للأرض ، وتبين بعد الشراء أنها لا تتبع الأرض بل هى تجار ، فليس للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان فى هذه الحالة ما دام البائع لم يدخل الأشجار فى المبيع (بودرى وسينا فقرة ٣٥١ مكررة ثالث) . ولكن سئى أنه إذا وجد حق ارتفاق ظاهر للمبيع اطّاع المشتري إلى وجوده ، ضمنه البائع حتى لو لم يذكر فى عقد البيع ، فنحن نرى أنه غير موجود رجع المشتري على البائع بالضمان (أنظر ما يلى فقرة ٣٥٨ فى الهامش - بودرى وسينا فقرة ٣٩٠) وقد قدمنا أن ضمان الاتّفاق غير ضمان العجز فى مقدار المبيع .

(٣) وقد قفست محكمة النقض بأن البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشتري يستند إلى حق ووجه قانونى ، ويشمل ذلك وجود دين شخصى على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدينه ثم على حق اختصاص على المبيع (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٩ ص ٧١) .

(٤) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٩ - ٢٣ يونية سنة ١٩١٠ م ١٢ ص ٣٨٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٦٥ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٥٤ .

(٥) وقد يكون التعرض راجعاً إلى أن البائع قد باع المبيع ومنه حقوق ارتفاق تقررت لذاته ، ثم ظهر أنها غير موجودة ، فيرجع المشتري على البائع فى هذه الحالة بضمان الاستحقاق الجزئى . ويجب لتحقق الضمان أن تكون حقوق الارتفاق هذه مذكورة فى عقد البيع ، أو تكون ظاهرة بحيث يكون المشتري قد اطّاع إلى وجودها فتكون فى حكم المذكورة ضمناً (أبورى ورو ، فقرة ٣٥٥ ص ٧٨ - بلانيرول وريير وهامل ١٠ فقرة ٩٧ ص ١٠١ وهامش رقم ٤) .

كما ميز التفنين المدني الفرنسي حتى الارتفاق بافراده بالذكر (م ١٦٢٦ مدني فرنسي) لاعتبارات تاريخية ترجع إلى تقاليد القانون الرماني وقد سبق بيانها (١). بل إن التفنين المدني المصري جعل حتى الارتفاق كسائر الحقوق العينية، وشملها جميعاً بالعبارة التي وردت في المادة ٤٢٩ مدني: «... فعل أجنبي يكون له... حق على المبيع».

ومثل الحق الشخصي الذي يدعيه الغير حق المستأجر. فإذا كان الغير يدعي أنه استأجر من بائع العين المبيعة بايجار له تاريخ ثابت سابق على المبيع، واحتج بحقه على المشتري طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدني، كان هذا الادعاء من جانب الغير تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع. ويلتحق بذلك أن يدعي الغير، وهو مستأجر للعين المبيعة، أنه دفع الأجرة مقدماً للبائع، ويحتاج بمخالصة صادرة من البائع، مسجلة إذا كانت الأجرة المعجلة عن مدة تزيد على ثلاث سنوات، أو غير مسجلة إذا كانت المدة لا تزيد على ذلك، فيكون تمسك المستأجر بهذه المخالصة تعرضاً مبنياً على سبب قانوني يضمنه البائع.

٣٤٣ - ثالثاً - أنه يكون الحق الذي يدره الغير سابقاً على البيع أو يكونه غالباً ولكنه مستبعد من البائع: ويجب أخيراً لتحقيق ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على المبيع (٢) حقاً يدعي أنه موجود قبل البيع الصادر إلى المشتري.

(١) انظر آتياً فقرة ٣٢٥.

(٢) ويجب أن يكون الحق المدعى به متصلاً أصلاً على المبيع، لا أتياً عرضاً عن طريق قاعدة عدم تجزئة الرهن. فإذا كان الدائن المرتهن لم ينزع ملكية القدر المبيع، بل إنه عند تسوية دينه ظهر أن له بقية منه أراد أن يضمها على العين المبيعة بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن، فرفع المشتري حل البائعين دعوى بطلب قيمة هذه البقية التي هي زائدة على الثمن الذي سبق أن دفعه لهم وطلب المرتهن، فإن تكيف هذه الدعوى بأنها دعوى ضمان استحقاق أو نزع ملكية هو تكيف غير صحيح. والصحيح الممول عليه فقط هو عقد البيع وما قارنه من ظروف. وحكم هذا العقد أن المشتري خلف البائعين في رتبة الأديان التي اشتراها منهم مرهونة مع الأديان الأخرى، وأن ضمان البائعين من رتبة مبلغ الرهن هو ألا يكون نصيب الأديان المبيعة فيه وقت التماقد أكثر مما ذكر في العقد. =

وهذا ما تصرح به المادة ٤٣٩ مدني ، كما رأينا ، إذ تقول : . . . فعل
أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع . . . فإذا سلم الغير أن الحق الذي
يدعيه على المبيع لم يثبت له إلا بعد البيع ولم يستمده من البائع ، لم يكن البائع
مسئولاً عن الضمان . ويرجع ذلك في كثير من الأحوال إلى أن الحق الذي يدعي
الغير ثبوته بعد البيع لا يحنج به على المشتري ويجب لتحقيق الضمان أن يكون الحق
مما يحنج به على المشتري كما قدمنا . فإذا ادعى الغير أنه اشترى المبيع بعد البيع ،
فإذا كان اشتراه من غير البائع ولم يكن هذا مالاً ، لم يتحقق الضمان ، ليس
فحسب لأن الحق الذي يدعيه الغير لاحق للبيع ، بل أيضاً لأن الحق لا يحنج
به على المشتري إذ هو مستمد من غير المالك . وإن كان اشتراه من غير البائع
وكان هذا هو المالك الحقيقي للمبيع ، تحقق الضمان بالرغم من أن حق الغير ثبت
بعد البيع ، وذلك لأن المستحق في هذه الحالة ليس هو الغير بالذات بل هو
المالك الحقيقي الذي باع للغير ، وهذا حق ثابت قبل البيع . وإذا ادعى الغير أنه
مستأجر للعين المبيعة ولكن الإيجار صدر بعد البيع ، لم يكن البائع ضامناً ، ليس
فحسب لأن حق المستأجر لاحق للبيع ، بل أيضاً لأنه حق لا يستطيع المستأجر
أن يحنج به على المشتري . ولكن قد يتحقق في بعض الأحوال أن يكون
الحق الذي يدعيه الغير لاحقاً للبيع وبسبب مع ذلك الاحتجاج به على المشتري ،
فلا يكون البائع عندئذ مسؤولاً عن الضمان . مثل ذلك أن يتمسك مستأجر العين
المبيعة على المشتري بمدة الإيجار بموجب قانون استثنائي صدر بعد البيع ،
فهنا يتمسك المستأجر بحق لم يثبت له إلا بعد البيع ، فلا يكون البائع ضامناً .
وهذا بخلاف ما إذا كان القانون الاستثنائي القاضي بمدة الإيجار قد صدر

= وأما باقي الدين الذي يصيب الأطيان الأخرى المرهونة مع الأطيان المبيعة فلا شأن للبائعين بضمانه ،
ولا تنطبق على بينهم أحكام القانون المدني الواردة في باب ضمان المبيع عند استحقاقه للغير أو عند
نزع ملكيته كله أو بعضه . ويرجع المشتري في هذه الحالة ، وقد حل محل الدائن المرتهن فيما دونه
بسبب قاعده عدم تجزئة الرهن ، على أصحاب الأطيان الأخرى التي فك رهونها من طريق هذا الدفع
(نقض مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٨ ص ١٠٥٤) . ويمكن القول
هنا إن سبب عدم ضمان البائع يرجع أيضاً إلى أن الحق الذي يدعيه الغير (الدائن المرتهن) لم يثبت
إلا بعد البيع ، أي عند تسوية الدين وظهور بقية منه وضعتها الدائن المرتهن على العين المبيعة . وسنرى
أن البائع لا يضمن حقاً للغير يثبت على المبيع بعد البيع .

قبل البيع ، إذ يكون حق المستأجر في هذه الحالة قد ثبت قبل البيع ، فيجب أن على البائع (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص شيئاً مملوكة له ولكنها في حيازة شخص آخر مدة بلغت اثنتي عشرة سنة مثلاً ، وتبقى العين بعد البيع في حيازة هذا الشخص إلى أن يستكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة (٢) . فيمتلكها . ففي هذه الحالة قد ثبت حق الغير على العين ، ولكن البائع لا يكون مسئولاً عن الضمان ، لأن هذا الحق لم يثبت للغير إلا بعد البيع (٣) . إما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة قبل البيع ، ثم بيعت العين بعد ذلك ، كان البائع مسئولاً عن الضمان ، لأن الحق الذي يتمسك به الغير قد ثبت له قبل البيع (٤) . ويلحق بهذا الفرض ما إذا كان الحائز وقت البيع قد قارب استكمال مدة التقادم ، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المشتري من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم . فإذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلاً ، ثم بيعت العين ، فإن المشتري لا يتيسر له في الشهر الباقي لتقادم : التقادم أن يكشف عن هذا الرضخ وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لتقطع التقادم ، فيكون الحق الذي يتمسك به الغير في هذه الحالة في حكم الثابت قبل البيع ، ومن ثم يكون البائع مسئولاً عن الضمان (٥) .

على أن ضمان البائع لتعرض الغير يتحقق حتى لو كان الحق الذي يدعيه الغير لاحقاً للبيع ، إذا كان المشتري قد استمد هذا الحق من البائع نفسه . وفي هذا نقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٩ مدني : « ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو

(١) بودري وسينيا فقرة ٣٥٢ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٦ وهامش رقم ٥ .

(٢) ويجوز أن يكون الحائز قد اشترى العين من غير المالك وهو حسن النية ، فيمتلكها بمدة التقادم القصير وهي خمس سنوات (استثناء مختلط ١٤ مارس ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨) .

(٣) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - بيدان ١١ فقرة ١٩٣ - عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٢٢٢ .

(٤) نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٢ ص ٧٤٤ .

(٥) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلايول وريبير . هامس ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - عكس ذلك بيدان ١١ فقرة ١٩٣ .

كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه . فاذا باع شخص عقاراً مرتين ، وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثاني وقد ملك المبيع يكون حقه لاحقاً للبيع الأول ، ومع ذلك يكون البائع مسئولاً عن الضمان نحو المشتري الأول بموجب البيع الأول ، لأن حق المشتري الثاني وإن كان لاحقاً للبيع الأول إلا أنه مستمد من البائع نفسه . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا باع المالك المنقول مرتين وسلمه للمشتري الثاني وكان هذا حسن النية ، وذلك لنفس الاعتبار المتقدمة (١) . وكذلك يكون الحكم فيما إذا رهن المالك العقار ثم باعه ، وقيد الدائن المرتهن رهنه قبل أن يسجل المشتري (٢) .

وفي الأحوال التي يتحقق فيها ضمان البائع للتعرض لأن حق الغير وإن كان لاحقاً للبيع إلا أنه مستمد من البائع نفسه ، يكون البائع مسئولاً عن التعرض باعتباره صادراً من الغير وباعتباره صادراً منه هو في وقت واحد . وبترتب على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق في هذه الحالة على إسقاط الضمان ، لا باعتبار أن التعرض صادر من الغير ، بل باعتبار أن التعرض صادر من البائع .

ولا يشترط لضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون المشتري وقت

(١) وبلاحظ أنه في حالة بيع المنقول مرتين ، تنقل ملكية المنقول المبيع إلى المشتري الحاضر لامن البائع ، بل من المشتري غير الحاضر ، ومن ثم لا تنطبق حرفية النص وهو يقول : « إذا كان الحق قد آل إليه من البائع نفسه » . ولكن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل إلى الغير نتيجة لفعل البائع (الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٦١ هامش رقم ١) .

ويجب ضمان إذا نزع ملكية المبيع للمصلحة العامة في الفترة ما بين العقد الابتدائي والوقت المحدد لإبضاء العقد النهائي ، فإن المبيع تكون ملكيته قد نزع عن البائع قاتن سبب الاستحقاق من جهته (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥) .

ومن الفقهاء من يجعل البائع مسئولاً عن الضمان حتى لو كان سبب الاستحقاق أمراً من السلطة العامة صدر بعد البيع ، إذا ثبت أن هذا الأمر لم يصدر إلا بناء على شكوى البائع ، كما لو تظلم البائع من نظام الري المقرر في منطقة الأرض المبيعة ، وترتب على تظلمه تغيير هذا النظام تغييراً أضر بالأرض المبيعة (الأستاذان أحمد نجيب الهلايل وحامد زكي فقرة ٣٥٧ هامش ٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٠ ص ٢٨٠) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة .

البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير ، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق . فحتى لو كان المشتري عالماً بالحق الذى يدعيه الغير ، وحتى لو كان البائع لا يعلم به ، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولاً عن الضمان إلا إذا اشترط عدم مسئوليته باتفاق خاص وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدنى ، وسيأتى بيان ذلك . على أن حق الارتفاق يكفى لعدم الضمان فيه أن يكون المشتري عالماً به ، أو أن يكون ظاهراً بحيث يستطيع المشتري أن يعلم به . وهذا حكم خاص بحق الارتفاق ، تأثر فيه التقنين المدنى المصرى بتقاليد التقنين المدنى الفرنسى التى ترجع إلى عهد القانون الرومانى وقد سبق أن بيناها . ولكن التقنين المصرى جعل عدم ضمان حق الارتفاق إذا كان ظاهراً أو كان المشتري يعلم به راجعاً إلى اتفاق ضمنى على عدم الضمان ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى فى هذا الصدد : « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » . أما التقنين الفرنسى فيجعل عدم علم المشتري بحق الارتفاق (١) وعدم ظهور هذا الحق شرطين يجب توافرها حتى يكون البائع مسئولاً عن الضمان .

٣٤٣ - (ب) المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من

الغير - عدم قابلية الالتزام وقابلية المدين - المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير هو البائع أيضاً ، فهو ضامن للتعرض الصادر

(١) وكذلك بالتكاليف الأخرى غير حق الارتفاق ، كحق الانتفاع وحق المستأجر . فبحسب قانون الفرنسى أن يكون المشتري وقت البيع لا يعلم بهذه التكاليف ، فإن كان عالماً بها لم يكن البائع مسئولاً عن الضمان . أما فى التقنين المصرى الذى ذكر فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى هو حق الارتفاق ، ولم يذكر غيره كحق الانتفاع وحق المستأجر . ويترتب على ذلك أن للضمان يتحقق فى مدين الحقين الأخيرين ولو كان المشتري يعلم بهما وقت البيع ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان . وحق الزهن لا يعتبر تكليفاً فى القانون الفرنسى ، وعن أن يكون الحكم واحداً بالنسبة إليه فى القانون المصرى والفرنسى ، ويكون البائع مسئولاً عن الضمان فى كل من القانونين حتى لو كان المشتري يعلم وقت البيع بهذا الحق ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان (أنظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بلانجيل وديير وهامل ١٠ فقرة ٩٨ ، فقرة ٩٩ - وقرة ١٠٢) .

مه، وضامن في الوقت ذاته للتعرض الصادر من الغير (١). ولا ينتقل التزامه بضمان تعرض الغير إلى الخلف العام، كما لا ينتقل التزامه بضمان تعرضه هو، لنفس السبب وهو أن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى ديناً في التركة. فإذا باع شخص عيناً مملوكة للغير ثم مات، فإن المالك الحقيقي إما أن يسترد العين من المشتري ويرجع المشتري بالتعويض على التركة لا على الوارث، وإما أنه لا يستطيع استرداد العين كأن كانت منقولاً ملكه المشتري بالحيازة مع حسن النية، وفي هذه الحالة يرجع بالتعويض على التركة أيضاً لا على الوارث (٢). وغنى عن البيان أن الوارث لا يأخذ من التركة شيئاً قبل استئزال ديونها، ومنها هذا الدين بالتعويض الذي تلزم به التركة إما للمشتري وإما للمالك الحقيقي. كذلك لا ينتقل التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، كما لا ينتقل التزامه بضمان التعرض الصادر منه، إلى الخلف الخاص. فلو أن شخصاً باع عيناً لمشتري أول وانتقلت إليه الملكية، ثم باع نفس العين لمشتري ثان، فإن البائع يكون مسئولاً عن ضمان نحو المشتري الثاني، ولا يكون المشتري الأول وهو الخلف الخاص للبائع على هذه العين مسئولاً عن الضمان.

ولا يتعدى التزام البائع بضمان تعرض الغير إلى دائته، كما لا يتعدى إلى الدائن التزامه بضمان تعرض نفسه. فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له، ولم

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس لمشتري في حالة استحقاق المبيع لنحو إلا حق الرجوع على البائع بالضمان. فإذا كانت الأعيان ملكاً لوقف، وباعها الناظر على أساس أنه تبادل فبإمعان الوقف، ثم باعها المشتري إلى آخر، ثم طالب الناظر الجديد المشتري الثاني بتثبيت ملكية الوقف لها، فلا يحس لهذا المشتري، إذا ما حكم بالتزامه برد أعيان الوقف، أن يطلب تسليمه أعيان الناظر السابق الخاصة التي وضع الوقف يده عليها بطريق البديل، لأنه لم يكن متبادلاً مع الوقف وإنما هو مشتري من شخص آخر بعيد عنه (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٥ بمجموعة حمير ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨).

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن واجب الضمان في عقود البيع ينتقل إلى التركة في الشريعة الإسلامية بعد وفاة البائع، ولا يلتزم الورثة إلا بقدر ما استفادوا من التركة ولا يلتزم ورثته في أموالهم الخاصة، حتى لو تحملت العين موضوع الضمان إذا خرجت عن ملك المورث إلى أحد الورثة قبل وفاته (استئناف أسبوط ٩ مارس سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٦٥٠).

جعل المشتري البيع ، وكان دائن البائع قد أخذ حق اختصاص على العقار قبل البيع ثم أخذ في تزج ملكيته ، فان التعرض المشتري هنا يعتبر صادراً من الغير من وجه كما سبق القول ، ولا يستلغ المشتري في هذه الحالة أن يحتج على الدائن بالالتزام البائع بضمان تعرض الغير ، لأن هذا الالتزام لا يمتد إلى الدائن .

ولكن كفيل البائع بكون ملزماً مع البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، فإذا باع شخصاً ما وكفله في البيع شخص آخر ، ثم ظهر أن العين المبيعة مملوكة للكفيل لا للبائع ، فان الكفيل لا يستطيع أن يسترد العين . ذلك أن استرداد الكفيل للعين هو بالنسبة إلى المشتري تعرض صادر من الغير ، والبائع يضمن هذا التعرض وكذلك يضمنه كفيله ، فالكفيل إذن ضامن لهذا التعرض ومن وجب عليه الضمان لا يجوز له الاسترداد .

والالتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، كما سئرى ، إما أن يطالب المشتري بتنفيذه عيناً فيدعو البائع إلى جعل الغير يكف عن تعرضه ، وإما أن يطالب بتنفيذه عن طريق التعويض برجوعه على البائع بضمان الاستحقاق إذا تعذر التنفيذ العيني . وهذا الالتزام في صورته الأولى ، صورة المطالبة بالتنفيذ عيناً ، يسرى غير قابل للانقسام . فلو باع شخصان داراً على الشيوع ، وتعرض للمشتري أجنبي يدعى حقاً على الدار ، كان للمشتري أن يطلب من أى من البائعين تنفيذ الالتزام بضمان التعرض كاملاً تنفيذاً عينياً ، بأن يطلب منه أن يجعل الأجنبي يكف عن تعرضه في الدار كلها لا في نصيب هذا البائع فحسب (١) . ولكن الالتزام في صورته الأخرى ، صورة المطالبة بالتعويض ،

(١) ويرفع الأجنبي عادة دعوى استحقاق الدار على المشتري ، فيدخل المشتري أحد البائعين ضامناً في الدعوى ، وعلى هذا أن يثبت أن ادعاء الأجنبي لا أساس له في كل الدار لا في نصيبه فقط . ولهذا البائع أن يدخل البائع الآخر ضامناً معه في الدعوى ليعاونه في هذا الإثبات ، وليتحمل معه مصروفات الدعوى عند الاقتضاء ، والمصروفات قابلة للانقسام فتقسم عليهما بنسبة نصيب كل منهما ، ولجميع عليه مع التعويض إذا ثبت استحقاق الأجنبي للدار ، والتعويض أيضاً قابل للانقسام كما سئرى فيحكم عليهما كل بنسبة نصيبه في الدار (لوران ٢٤١٢ - ٢٤١٣ - جيوار ١ - فقرة ٢٤٠ - أوبري ورو ٥ - فقرة ٢٤٥ - هامش ٧ - هامش ١٠ - بلانيرول وبيير وهامل ١٠ - فقرة ١١٠ - كولان ، كابينان ١ - فقرة ٩٠٣) .

يكون قابلاً للانقسام، لأن محل الالتزام وهو دفع مبلغ من الثمن يقبل الانقسام بطبيعته (١). ففي المثل المتقدم، لو نجح الأجنبي في تعرضه واسترد الدار من تحت يد المشتري، رجع المشتري بضمان الاستحقاق على كل من البائعين بقدر نصيبه في الدار، ومن ثم ينقسم التعويض بينهما (٢).

٣٤٤ - (ج) الدائن في الالتزام لفصاحه التعرض الصادر

من الغير: الدائن هنا هو أيضاً المشتري، كالدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع، فهو الذي يقع عليه التعرض في الحالتين. وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام، فلو أن شخصاً اشترى داراً وزكها لوارث، وتعرض أجنبي للوارث في الدار، كان للوارث أن يرجع على البائع كما كان مورثه يستطيع أن يرجع.

وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة، فلو أن شخصاً باع داراً، وباع المشتري الدار لمشتري ثان، فإن البائع يكون مازماً بضمان التعرض الصادر من الغير لأن المشتري الأول فحسب، بل أيضاً نحو المشتري الثاني وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في الدار المبيعة. فإذا استرد الغير الدار من يد المشتري الثاني بعد أن أثبت ملكيته لها، فإن المشتري الثاني يستطيع أن يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول وهو البائع له، بموجب عقد

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٠ - وينقسم التعويض على البائعين المتعديين ما لم يوجد شرط بتضامنهم (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ١٣ ص ٢٢٠).

(٢) لوران ٢٤ فقرة ٢١٣ - جيوار ١ فقرة ٤١٠ - بودري وسينيا فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٦٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٠ (وقارن ص ١٢٩ هامش رقم ١) - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠٣.

ولكن لو مات البائع الملتزم بضمان الاستحقاق وترك ورقة متعديين، فإن التركة تكون مسئولة عن ضمان الاستحقاق، ولا ينقسم على الورقة (الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ١١١٤ - الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زكي فقرة ٣٤٧ - وقارن الأستاذ أنور - لطان فقرة ١٣٧).

البيع الصادر له من هذا المشتري الأول (١) . ويستطيع كذلك أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة (٢) باستعمال دعوى المشتري الأول على البائع ، ولكنه في هذه الدعوى غير المباشرة يتحمل مزاحمة دائي المشتري الأول (٣) . ويستطيع أخيراً أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع بدعوى مباشرة ، وهي نفس دعوى المشتري الأول على البائع وقد انتقلت إليه من المشتري الأول كما قدمنا (٤) . وهذه الدعوى المباشرة لها مرتبتان : (١) لا يتحمل فيها المشتري الثاني مزاحمة دائي المشتري الأول ، وهو يتحمل هذه المزاحمة في الدعوى غير المباشرة كما قدمنا . (٢) قد لا يكون للمشتري الثاني دعوى رجوع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول ، كان

(١) يرجع المشتري الثاني على المشتري الأول ، كان للمشتري الأول أن يرجع على البائع مما أداه هو للمشتري الثاني ، وقد زعم على الضمان عدم كراهية الرجوع به على البائع لو أن العين استحققت في يده ولم يبيعها لمشتري ثالث . فلو أن البائع باع العين للمشتري الأول بألف ، وبعائها المشتري الأول للمشتري الثاني بألف ومائتين ، ثم استحققت العين في يد المشتري الثاني فرجع على المشتري الأول بألف وخمسة مائة قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، فإن المشتري الأول يرجع على البائع ، لا بالألف التي دفعها له ثمناً ، ولا بالألف والمائتين وهو الثمن الذي تقاضاه من المشتري الثاني ، بل يرجع بألف وخمسة مائة وهو المبلغ الذي أداه للمشتري الثاني نتيجة لضمان الاستحقاق ر. بلانبول وريبير وهامل ١٠ فترة ١٢٠ ص ١٣٠) .

(٢) استئناف مخطوط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ .

(٣) ويطلب بما يستحقه المشتري الأول في ذمة البائع ، لا بما يستحقه هو في ذمة المشتري الأول ، لأنه يستعمل دعوى المشتري الأول لا دعواه هو . وتتعاقد الدعويان في أحد العناصر الرئيسية ، فكل منهما يكون الرجوع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق مع تعويضات أخرى سيأتى بيانها ، وقيمة المبيع وقت الاستحقاق واحدة في كل من الدعويين .

(٤) استئناف وطني ٥ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٧٧ ص ٣٥٧ - استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٥١ ص ١١١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١/٨٧ ص ١٤٦ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤٤ ص ٢١٨ - استئناف مخطوط ٢٢ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ١٨٧ - ٩ مارس ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٢٦ .

وفي القانون الفرنسي يرجع المشتري على البائع في ضمان الاستحقاق بالثمن الذي دفعه ، لا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق كما هو الأمر في القانون المصري . فإذا فرضنا ، في القانون الفرنسي ، أن الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٠٠٠ والتمن الذي دفعه المشتري الأول ١٢٠٠ ، واستحققت سبعين في يد المشتري الثاني ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٠٠٠ ، =

يكون المشتري الأول قد اشترط عدم الضمان (١) ، فلا يستطيع المشتري الثاني في هذه الحالة أن يرجع بدعوى ضمان على المشتري الأول بسبب شرط عدم الضمان ، بل هو لا يستطيع أن يرجع بالدعوى غير المباشرة على البائع باعتباره دائماً للمشتري الأول يستعمل دعوى مدنية لأنه غير دائن بالضمان للمشتري الأول كما قدمنا ، فلا يبنى أمامه إلا الدعوى المباشرة برفعها على البائع (٢) ، وهي نفس دعوى الضمان التي للمشتري الأول على البائع انتقلت من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بالرغم من أن المشتري الأول قد اشترط على المشتري الثاني عدم الضمان في عقد البيع الذي تم بينهما .

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على الوجه الآتي : إذا باع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم استحققت العين في يد المشتري ، فإن دائن المشتري يستطيع أن يرفع باسم المشتري دعوى هذا الأخير على البائع بالضمان ، ويستوفى حقه من التعويض الذي يلزم به البائع للمشتري ، ولكن يزاحمه في هذه الحالة سائر دائني المشتري ونمّا لنقراعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

== ومن ثم كان المشتري الأول يرجع على البائع هذه الألف فقط ، ففي الدعوى المباشرة إذن يرجع المشتري الثاني على البائع بمبلغ ١٠٠٠ فقط . ولو كان الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٢٠٠ ، والثمن الذي دفعه المشتري الأول ١٠٠٠ ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٢٠٠ ، ويرجع هذا المبلغ المشتري الأول على البائع على سبيل التعويض ، فيرجع المشتري الثاني مباشرة على البائع بمبلغ ١٢٠٠ . ويخلص من ذلك أن المشتري الثاني يرجع على البائع دائماً بالثمن الذي دفعه هو لمشتري الأول (بودري وسينيا فقرة ٣٧١) .

(١) أو يكون هناك واجب بدلا من المشتري الأول ، فيبيع شخص عيناً لآخر وجهها الآخر لثالث . والواجب لا يضمن في الأصل استحقاق العين الموهوبة ، فإذا استحققت العين في يد الموهوب له لم يكن لهذا أن يرجع بضمان الاستحقاق على الواهب ، ولكنه يستطيع أن يرجع بهذا الضمان على البائع الواهب ، وذلك لأن دعوى المشتري بضمان الاستحقاق على البائع تكون قد انتقلت إلى الموهوب له بموجب عقد الهبة (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٠ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٩ ص ٣٩٤ - بلانيل وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٥٤٢ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٧) .

(١) استئناف مخطوط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ٩ بونب سنة ١٩١٣

م ٢٤ ص ٤٤٤ .

(م ٢ - كوسيط ٤٠)

١٤٥ - (د) البيع الفري ينشئ والصادر - وكل بيع ينشئ ضمان
البائع للتعرض الصادر من الغير ، كما أن كل بيع ينشئ ضمان البائع للتعرض
الصادر منه هو فيما قدمناه . ويستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل (١) ،
ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً .
وقد قدمنا بيان ذلك عند الكلام في التعرض الصادر من البائع (٢) ، وما قلناه
هناك ينطبق هنا (٣) .

وبين من ذلك أن ضمان البائع لتعرض الغير واجب في بيع المزاد ، ولو
كان البيع قضائياً أو إدارياً (٤) ، وذلك بخلاف ضمان العيوب الخفية (م ٥٤٤
مدني) . فإذا باع الدائنون مال مديهم في المزاد ، نشأ عن هذا البيع التزام
بضمان التعرض الصادر من الغير ، وهذا الالتزام يتعلق بذمة البائع الذي يبيع
المال عليه ، لا بذمة الدائنين الذين طلبوا بيع المال (٥) . فلو فرض أن الدائنين
باعوا عيناً غير مملوكة لمديهم باعتبار أنها مملوكة له ، ونزع المالك الحقيقي العين
من المشتري الذي رصا عليه المزاد ، فإن المشتري يرجع بضمان الاستحقاق على
المدين لا على الدائنين (٦) . ولكن يغلب أن يكون المدين معسراً في مثل هذه
الظروف ، فيستطيع المشتري أن يرجع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم
من الثمن الذي دفعه في المزاد في حالتين : (أولاً) إذا أثبت الدائنين كانوا

(١) الأستاذ أشر سلطان فقرة ٢٢٢ - الأستاذ محمد طه امام فقرة ٢٠٢

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٢٤ .

(٣) ويلتزم البائع نحو الشفيع بضمان التعرض والاستحقاق كما كان يلتزم بذلك نحو المشتري
قبل الأخذ بالشفعة ، وكذلك يجوز أن يرجع بضمان التعرض - - نقار - - إلى الحصة الشائعة
في منقول إذا باعها أحد الشركاء لأجنبي تطبيقاً لأحكام المادة ٨٢٣ مدني (أنظر آنفاً
فقرة ٢٢٤ في الهامش) .

(٤) أو كان البيع بيع تصفية (licitation) لإيهام شريح ، فيلزم بضمان التعرض
والاستحقاق الملاك في الشروع الذين باعوا العين الشائعة في المزاد (بودري وسينيا فقرة ٢٥٥
مكررة ثانياً) .

(٥) استئناف غنط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٤ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٩
م ٤١ ص ٣٢٤ .

(٦) بودري وسينيا فقرة ٢٥٥ .

يعلمون أن العين التي باعوها في المزاد غير مملوكة لديهم (١) أو كان ينبغي أن يعلموا ذلك ، جاز له أن يرجع عليهم بالمسئولة التفسيرية الناشئة عن غشهم أو عن نقصهم (٢) . (ثانياً) وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت ذلك ، فإنه يستطيع على كل حال أن يعتبر البيع الصادر له في المزاد بيعاً لماث الغير ، فيطلب إبطاله واسترداد الثمن ، ومن ثم يجوز له الرجوع على الدائنين الذين استعادوا بهذا الثمن في استيفاء حقوقهم بدعوى الإثراء بلا سبب (٣) .

٢٥ - ما يترتب على قيام ضمان التمرض الصادر من الغير

٣٤٦ - التنفيذ العيني والتفسير بطريق التحويل: متى قام ضمان

البائع للتمرض الصادر من الغير بتوافر الشروط التي تقدم ذكرها ، فإن البائع ، وقد تحقق التزامه بضمان التمرض ، يجب عليه أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير الذي تعرض للمشتري مدعياً بحق عي البيع . يكتف عن تعرضه وينزل عن ادعائه بهذا الحق . فإذا عجز عن التنفيذ العيني ، بأن فاز الغير بأشياء ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التحويل ، فيعوض المشتري مما أصابه من الضرر باستحقاق

(١) لا سيما إذا كان المدين قد نهبهم إلى ذلك .

(٢) أوبري ورو ، فقرة ٣٤٥ ص ٦٩ - بودوي وسينيا فقرة ٢٤٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٣ ص ١١١ .

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٣١ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠٢ - الأستاذ محمد كامل مرمي فقرة ١٩٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الثاني فقرة ١٤٣ - الأستاذ جميل الشراوي ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٢٠٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٩٣ - الأستاذان أحمد نجيب كلال وحامد زكي فقرة ٢٦٣ - ٢٦٤ - وفارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٣ ص ١١١ - وأنظر جواز الرجوع بدعوى استرداد غير المستحق أوبري ورو ، فقرة ٣٤٤ ص ٧٠ - بودوي وسينيا فقرة ٣٤٧ ص ٣٤٩ - ص ٣٦٠ - بلانيول وريبير وبولانجي فقرة ١٥١١ - جوسران ٢ فقرة ١١١٤ - غرير كولان وكانيان ٢ ، مجلة الدائنين ص ١٠ - كولان بائنة من الثمان وإن كان يقرر أن التفسير على غير ذلك (كولان وكانيان ٢ فقرة ١٩٩) .

المبيع في بده طيبةً اقراعد ابى قررهما القانون، وهذا هو ضمان الاستحقاق (١)
نتكلم إذا في مسألتين . (١) التنفيذ العيني أو ضمان التعرض ببطريز
التدخل . (ب) التنفيذ بطريق التعويض أو ضمان الاستحقاق

١ - التنفيذ العيني

(ضمان التعرض بطريق التدخل)

٣٤٧ - النصوصى القانونية : تنص المادة ٤٤٠ من التقنين المندى
على ماياتى

١ - إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ،
كان على السائق . بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات ، أن تدخل
في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحمل فيها محله ،

٢ - فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى ،
وجب عليه الضمان . إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نسخة
تدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه ،

٣ - وإذا لم يحظر المشتري انسائق بالدسرى في الوقت الملائم وحده .
حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن
تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق ،

وتنص المادة ٤٤١ على ماياتى :

« يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأحنف بحقه
أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائى .
منى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعياء أن يحمل محله فيها

(١) غامس البائع ، التزاماً بالتزامين ، التزام بضمان التعرض وأخر بضمان الاستحقاق .
بل هو التام واحد وهو ضمان التعرض ، فيما أن يتفقه بربناً أو يتفقه بطريق التعرض
(الاستحقاق) بغير ضمان عنصر من ١٥٨ هامش رقم ١) .

فلم يفلح . كل ذلك ما لم يثبت ببيع أن الأجنبي لم يكن على حق في دعواه (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في اثنين المدنى السابق ، ولكنها تطبيق للقواعد العامة ، فكان من الممكن العمل بهذه الأحكام في عهد التقنين المدنى السابق دون حاجة إلى نص (٢) .

ونذكر في التفسيرات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدنى السورى المادتين ٤٠٨ - ٤٠٩ - وفي التقنين المدنى الليبى المادتين ٤٢٨ - ٤٢٩ - وفي التقنين المدنى العراقى المواد ٥٥٠ - ٥٥١ و ٥٥٣ -

(١) تاريخ المسود

م ٤٤٠ : وردت الفقرتان الأولى والثانية من هذا النص فى المادة ٨٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق ما استقر عليه فى التقنين الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظية . ووردت الفقرة الثالثة فى المادة ٨٦ من المشروع التمهيدى من وجه مائل أيضاً ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى كان يحمل فيه الإثبات فى البراءة الأخيرة من النص على المشتري لا على البائع . وفى لجنة المراجعة أضيفت المادتان فى مادة واحدة ، وأصبح رقمها ٤٥٣ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب . وفى لجنة مجلس الشيوخ - ب - المادة الثالثة ، واستفيض فيها من عبارة - إلا إذا أثبت البائع ما كان يستطيع دفع دعوى الاستحقاق ولو تدخل فى هذه الدعوى ببراءة - إذا أثبت البائع أن تدخله فى الدعوى كما يؤدى إلى رفض دعوى الاستحقاق . وقد رأت اللجنة أن تظل نص الإثبات على البائع ، لأنه أصبح ، بعد صدور الحكم ، ملحقاً ببراءة ذاته من ادعاء بالفساد . وأصبح رقم المادة ٤٤٠ . وافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ وص ٨٦ - ص ٨٨) .

م ٤٤١ : ورد هذا النص فى المادة ٨٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « يثبت حق الأجنبي فى الضمان - أو اعتراف وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق - أن أن يثبت فى ذلك صدور حكم قضائى ، ما دام قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودفعه أن يحمل عليه . ولم يفلح . وإذا رجع البائع على الأجنبي ، كان عليه أن يثبت أن هذا الأجنبي لم يكن على حق فى دعواه . وفى لجنة المراجعة عدل النص بحيث يجعل دفع نهائى بأن الأجنبي لم يكن على حق فى دعواه هو دفع فى دعوى الضمان ذاتها ، وبعد المشتري نصاً للأجنبي نفسه . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقمه ٤٥٤ فى المشروع النهائى . ووافق مجلس النواب على النص ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤١ ب - رة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٨ - ص ٩٠) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ .

وفي تمثين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٤٢٩ و ٤٤١ (١) .

ونفرض هذه النصوص أن الغير قد تعرض للمشتري لمعلا ، وكان تعرضه

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٠٨ - ٤٠٩ (مطابقتان لمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من التفتين المدني السوري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ١٥٥ - فقرة ١٦٢) .

التفتين المدني الليبي م ٤٢٨ - ٤٢٩ (مطابقتان لمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من التفتين المدني المصري) .

التفتين المدني العراقي م ٥٥٠ : ١ - إذا استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق وارداً على ملك البائع ، ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد . ٢ - أما إذا ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع وهو في ملك المشتري ، كما لو أثبت المستحق أنها ملكه بتاريخ متأخر من الشراء ، فلا حق للمشتري في الرجوع بالضمان عن البائع .

م ٥٥١ : ١ - لا يرجع المشتري بالضمان إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بتكوله . ٢ - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت إلا بإقراره أو بتكوله ، إذا كان حسن النية وكان قد أعلن البائع بدموى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعاء لدخول معه في الدعوى فلم يفعل . هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق .

م ٥٥٣ : إذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق ، كان هذا حكماً على جميع الباعة ، ولكل أن يرجع على بائنه بالضم ، لكن لا يرجع قبل أن يرجع المشتري منه . (وهذه النصوص تأثرت بنصوص التفتين المدني المصري ، ولكنها في مجموعها مأخوذة من لفقه الإسلامي ، أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن النعوم فقرة ٢٠٠ - فقرة ٢٠٣ - الأستاذ عباس حسن السراف فقرة ٤٥٧ - فقرة ٤٥٨) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٢٩ : إنه وإن لم يشترط وقت البيع شيء مختص بالضمان ، فالبايع ملزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله أو لقسم منه ، ومن الأعباء الملقى بها على المبيع التي يصرح بها البائع عند البيع

م ٤٤١ : إذا دعى المشتري إلى المحاكمة بناء على طلب شخص ثالث يدعى حقوقاً على المبيع ، وجب عليه أن يدعي بائنه إلى المحاكمة . فإن لم يفعل ، وسدر عليه حكم اكتسب قوة القضية المحكمة ، فقد حقه في الضمان ، إلا إذا أثبت أن البائع وإن تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته استصدار حكم بردها .

(ويختلف التفتين اللبناني من المصري ، في الحالة الواردة في المادة ٤٤١ لبناني ، في أن عبء الإثبات في التفتين اللبناني يقع على المشتري ، ويقع على البائع في التفتين المصري . ولم يعرض التفتين اللبناني للحالات الأخرى التي تعرض لها التفتين المصري ، ولكن الأحكام التي أوردتها التفتين المصري في هذه الحالات الأخرى ليست إلا تطبيقاً لقواعد العامة ، فيمكن القول بأنها تنسب إلى لبنان دون حاجة إلى نص) .

البائع في دعوى الاستحقاق . (٢) حالة عدم تدخله في دعوى الاستحقاق مع دعوة المشتري إياه أن يتدخل . (٣) حالة عدم تدخله والمشتري لم بدعه للتدخل .

٣٤٨ - تدخل البائع في دعوى الاستحقاق : إذا رفع الغير على

المشتري دعوى استحقاق على النحو الذي أسلفنا بيانه ، وجب على المشتري إخطار البائع في الوقت الملائم ودعوته ليتدخل في الدعوى ، حتى ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً^{٢٠} بأن يجمّل الغير بكف عن ادعائه أو بأن يحصل على حكم قضائي برفض دعواه . وليس للإخطار شكل خاص ، فيصح شفويًا ولكن عبء الإثبات يقع على المشتري (١) . والواجب على المشتري هو إخطار البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة ضده ، وليس يجب عليه إدخاله في الدعوى .

ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري يتدخل البائع ضامناً في الدعوى ولا يكفي بمجرد إخطاره ، بل إن هذا هو الأفضل ، ففيه قصد في الوقت والإجراءات ، وبه يمكن المشتري نفسه مؤونة دفع دعوى الغير وقد لا يعرف عنها شيئاً ، ثم هو يأمن بعد ذلك عاقبة أن يتهمه البائع فيما بعد أنه دلس في الدفاع أو أنه ارتكب خطأ جسيماً فيه . وقد رسم تقنين المرافعات الإجراءات اللازمة لإدخال ضامن في الدعوى ، فنصت المادة ١٤٣ من هذا التقنين على أن « الخصم أن يتدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها ، ويتبع في اختصاص الغير » ووضع المعتادة في التكليف بالحضور . ونصت المادة ١٤٦ من نفس التقنين على أنه « يجب على المحكمة في المواد المدنية إجابة الخصم إلى تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها » ، إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان ، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى . وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازياً للمحكمة . وبراعى في تقدير الأجل المواعيد اللازمة لتكليف الضامن الحضور وفق الأوضاع العادية . فإذا كلف

١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ١٤٤ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٤٦ -
الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٤ .

المشتري البائع ، في خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الغير .
بالحضور ولم يتمكن أن يحدد له إلا جلسة متأخرة عن الجلسة المحددة لنظر
دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير ، أو كان تاريخ الجلسة المحددة لنظر
دعوى الاستحقاق سابقاً على انقضاء هذه الثمانية الأيام ، وكانت الدعوى مدنية
لأن الدعوى التجارية قد لا تختمل التأخير ، وجب على المحكمة أن تجيب المشتري
إلى تأجيل نظر دعوى الاستحقاق إلى الجلسة المحددة لحضور البائع ضامناً .
فاذا لم يكن المشتري قد تمكن من تكليف البائع بالحضور لعدم انقضاء الثمانية
الأيام قبل تاريخ جلسة دعوى الاستحقاق ، راعت المحكمة في تقدير المدة التي
تؤجل فيها دعوى الاستحقاق المواعيد اللازمة لتكليف البائع بالحضور وفق
الأوضاع العادية ، وتحسب في ذلك مواعيد المسافة . أما إذا كان المشتري هو
الذي رفع الدعوى على الغير بطلبه فيها برد المبيع ، أو رفع الدعوى على جاره
بطلبه فيها بتقريره حق ارتفاق للمبيع داخلاً في المبيع (١) ، فإن ميعاد
الثمانية الأيام يسرى من وقت قيام السبب الموجب للضم ، أى من وقت
أن ينكر المدعى عليه دعوى المشتري . وفي غير ذلك من الأحوال يكون التأجيل
لإدخال البائع ضامناً في الدعوى جوازياً للمحكمة . على أنه إذا كان تحقيق دعوى
الاستحقاق المرفوعة عن الغير على المشتري ، أو تحقيق دعوى المشتري المرفوعة
على الغير ، يستلزم زمناً غير قصير كما هو الغالب ، لم يعد هناك داع بدفع
المشتري إلى طلب التأجيل ، وكان له أن يدخل البائع ضامناً في أية جلسة
من الجلسات التي تؤجل لها الدعوى الأصلية بتحديد تاريخ هذه الجلسة لحضور
البائع (٢) .

فاذا لم يدخل البائع المشتري ضامناً في الدعوى واكتفى بإخطاره بها في الوقت
الملائم ، وجب على البائع أن يتدخل ، ويكون التدخل بصحيفة تعلن تحضرم
قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم ويثبت
في محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ١٥٤ مرافعات) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٥ ص ١١٤ — الأستاذ أحمد أبو الوفا في
المرافعات المدنية والتجارية ص ١٧٦ هامش رقم ١ .
(٢) الأستاذ محمد النعم الشرقاوى في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ٢٥٩ ص ٢٩٣ .

وحتى إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ، وعلم بها البائع من طريق آخر ، فانه يجدر به أن يتدخل فى الدعوى من تلقاء نفسه حتى يتولى دفعها ، إذ هو أقدر من المشتري على ذلك . وقد أجاز له تقنين المرافعات سلوك هذا الطريق إذ نصت المادة ١٥٣ من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذى مصلحة أن يتدخل فى الدعوى منضماً لأحد الخصوم . . . » . ويجوز كذلك أن يكون الغير المتعرض للمشتري هو الذى يدخل البائع ضامناً فى الدعوى ، ويتبع فى دت الإجراءات التى سبق ذكرها فى إدخال المشتري البائع ضامناً فى الدعوى (١) .

وبلاحظ أنه إذا كانت دعوى الاستحقاق الأصلية مرفوعة أمام محكمة ابتدائية ، كانت هذه المحكمة مختصة بدعوى الضمان مهما كانت قيمتها . أما إذا كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمام محكمة جزئية ، فان هذه المحكمة لا تختص بطلب الضمان إذا كانت قيمته تجاوز نصاب اختصاصها ، فنقتصر على الفصل فى الدعوى الأصلية وحدها . ولكن إذا ترتب على ذلك ضرر بسبب العدالة ، وجب على المحكمة الجزئية أن تقضى من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان إلى المحكمة الابتدائية المختصة بطلب الضمان ، وحكم الإحالة يكون غير قابل للاستئناف (م ٥٠ مرافعات) (٢) .

(١) كذلك أجازت المادة ١٤٤ مرافعات للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال « من قد يفسر من قيام الدعوى أو من الحكم فيها ، إذا بدت للمحكمة دلائل جديده على التواطؤ أو النش أو التفسير من جانب الخصوم . » وتعين المحكمة ميعاداً لحضور من تأمر بإدخاله ، ومن يقوم من الخصوم بإعلانه . » ويؤخذ من هذا النص أنه إذا لم يدخل المشتري أو الغير البائع ضامناً فى الدعوى ولم يتدخل البائع فى الدعوى من تلقاء نفسه ، وبدت للمحكمة دلائل جديده على التواطؤ أو النش أو التفسير من جانب المشتري والغير المتعرض ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال البائع ضامناً ، وتعين أى الخصمين يقوم بإعلانه . فإذا لم يعلن هذا الخصم البائع فى الميعاد الذى حدده ، نسبت عليه المحكة بالغرامة أو بوقف الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن : م ١٠٩ وم ١١٤ مرافعات الأستاذ أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة (١٧٨) .

(٢) ونرى من ذلك أن قواعد الاختصاص المبنى بالنسبة إلى دعوى الضمان الفرعية غير واجبة عامة ، فقد تكون محكمة دعوى الاستحقاق الأصلية التى تنظر دعوى الضمان الفرعية هى غير محكمة نزع (الأستاذ أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧١ من ١٧٥) . ومع ذلك يجرى الشائع أن يتمسك بعدم اختصاص هذه المحكمة إذا ثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد =

فإذا تدخل البائع ضامناً في دعوى الاستحقاق أو أدخل فيها من جهة المشتري أو الغير المتعرض على النحو الذي بسطناه ، جاز للمشتري أن يبرئ من الدعوى فينضم إليه البائع ، كما يجوز له أن يخرج من فحل البائع محله فيها (م ٤٤٠ مدني وم ١٤٨ مرافعات) . وفي الخاتبة يتولى البائع دفع ادعاء المتعرض ، حتى يحمله على الكف عن تعرضه والنزول عن ادعاءه ، أو يحصل على حكم قضائي برفض هذا الادعاء (١) . وبذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان المتعرض الصادر من الغير تنفيذاً عينياً ، كما سبق القول .

أما إذا فشل البائع في ذلك ، فإن التزامه بضمان تعرض الغير يتحول إلى تعويض إذ يصبح ضامناً لاستحقاق المبيع ، وتنفي المحكمة باستحقاق الغير للمبيع وتقضي في الوقت ذاته بتعويض على البائع للمشتري بقدر وقتاً لفرواعد التي سبقت ذكرها في ضمان الاستحقاق . ويقضي في طلب الضمان والدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة في طلب الضمان بعد الحكم في الدعوى الأصلية (م ١٤٧ مرافعات) . وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية ، كان الحكم الصادر على البائع حجة للغير المتعرض ولو لم يكن هذا قد وجه طلبات إلى البائع (م ١٤٨ مرافعات) . وإذا خرج المشتري من الدعوى على النحو الذي أسلفناه ، وحكم لمصلحة الغير المتعرض ، لم يتحمل المشتري مصروفات الدعوى ويتحملها البائع وحده .

= جلبه أمام محكمة غير مختصة (م ٦٧ مرافعات) ، كما إذا تعدد الغير المتعرض أن يرفع دعواه على المشتري في محكته حتى يجلب البائع إلى هذه المحكمة وكان الأيسر له أن يرفع الدعوى مباشرة على البائع في محكته مع إدخال المشتري خصماً في الدعوى

(٢) ومتى نفذ التزامه على هذا النحو ، فإنه لا يكون مسئولاً نحو المشتري عن مصروفات دعوى الضمان التي رفعها هذا عليه بإدخاله في الدعوى ، وتعتبر هذه المصروفات قد تسببت عن تعرض سائر من قبل الغير ، ما لم يكن هناك سبب جدي اقتضى رفع دعوى الاستحقاق على المشتري ، كأن كان البائع مهتماً بهذه الدعوى قبل البيع لوجود نزاع جدي في المبيع ، فيرجع المشتري على البائع في هذه الحالة بمصروفات دعوى الضمان (بلانيول وريبير وعامل ١٠ - فقرة ١٠٨ ص ١١٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ - فقرة ٢٥٢٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٩٧ - الأستاذ عبد المصطفى البدرابي فقرة ٣٠٨ - الأستاذان أحمد نجيب الدلال وحامد زكي ص ٣٤٩ هامش ١)
أما مصروفات دعوى الاستحقاق ، فيحكم بها على مدعي الاستحقاق بعد أن يقرر دعواه .

ولكن خروج المشتري من الدعوى الأصلية لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لحجة الغير المتعرض حجة عليه ، كما أنه يظل خصماً في دعوى الضمان فيبقى له بالتعرض على البائع (١) .

٩٤٣- عزم ترميل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من انطوار

المشتري إباء : وقد فرضنا فيما قدمناه أن البيع قد دخل أو أدخل خصماً في دعوى الاستحقاق الأصلية . ووجهه قد لا يتدخل ، ولا يدخله أحد الخصوم ولا تدخله المحكمة ، فيبقى خارجاً عن الخصومة في دعوى الاستحقاق الأصلية ، ويكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم ودعاه إلى التدخل فلم يفعل . فهنا نحلو الحال من أمور ثلاثة : (١) إما أن يتولى المشتري وحده دفع دعوى المتعرض ، فننجح في دفعها وبقضى برفض طلبات المتعرض . (٢) وإما أن يقر المشتري للمتعرض بالحق الذي يـ إليه أو يتصالح معه على هذا الحق . (٣) وإما ألا يقر ولا يتصالح ، ولكنه يفشل في دفع دعوى المتعرض ، فيبقى للمتعرض بصيانته ويستحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً .

فاذا نجح المشتري وحده في دفع دعوى المتعرض وحصل على حكم نهائي برفض طلباته ، قد انتهى التعرض ، وانتهى معه التزام البائع بضمانه . ولا يبقى ولا أثر يرجع المشتري على البائع بما عسى أن يكون قد نجش من نفقات وأضرار في دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه .

وإذا أقر المشتري للمتعرض بما يدعيه أو تصالح معه عليه ، فأدى له مالا يكف عن تعرضه ، فمشتري أنه يجوز للبائع ، بأداء ذي بدء ، أن يتخلص من التزامه بالضمان بأن يرد للمشتري المبلغ أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (م ٤٤٢ مدني) . فإذا لم يختار البائع هذا الطريق ، وأصر على أن المتعرض لم يكن على حق فيما ادعاه ، وجب افتراض أن المشتري قد أقر بحسن نية للمتعرض بحقه أو تصالح معه وهو حسن النية ، فانه قد دعا البائع إلى التدخل

في دعوى الاستحقاق في الوقت الملائم فلم يفعل (١) ، فاتخذ من هذا الامتناع قرينة على أن المتعرض حق في تعرضه . وو هذه الحالة يرجع المشتري على البائع بالتعويضات الواجبة له بموجب ضمان الاستحقاق على النحو الذي منيته . ولكن البائع يستطيع أن يدفع رجوع المشتري عليه بهذه التعويضات بأن يثبت بأدلة حاسمة (٢) أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه وأن المشتري قد تسرع في الإقرار أو المصالحة (م ٤٤١ ملغى) . ويستطيع البائع أيضاً أن يثبت أن المشتري لم يكن حسن النية في إقراره أو مصالحته ، وعند ذلك لا يقتصر على دفع رجوعه عليه بالتعويضات ، بل يرجع هو عليه بالتعويض إذا كان هناك مقتض (٣) .

وإذا لم يقر المشتري للمتعرض بما يدعيه ولم يتصالح معه ، ولكنه فشل في دفع دعواه وقضى للمتعرض بما ادعاه بموجب حكم نهائي ، فقد بذل المشتري

(١) والنص صريح في هذه الحالة الخاصة إذا أصبحت عبارة دعواه أن يحل محلها فيها ، فالمشتري إذا رأى وجوب الإقرار ، لا يصح أن يكتفي بمجرد إخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، بل يجب دعوته إلى التدخل فيها (الأستاذ منصور مصطلح منصور ص ١٦٧ هامش ١ - قارن الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٢٠٩ ص ١٧٠) .

(٢) فلا يمكن أن يثبت أن المشتري لم يحسن البيع ، أو أنه أغفل الدفع ، بل يجب الدسرى ، أو أنه لم يظهر المبيع من الرهن (أنسيكلويدي دالوز ه بعد vente فقرة ١٢١٥ و فقرة ١٣١٧) . وليس المقصود من إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه أن يثبت أنه كانت هناك دفع لم يندمها المشتري وكانت تكن لرفض دعوى الاستحقاق (أنسيكلويدي دالوز ه لفظ vente فقرة ١٣١٨) ، حتى لو كانت هذه الدفوع خاصة بالمشتري كاستكمال مدة التقادم (أنسيكلويدي دالوز ه لفظ vente فقرة ١٤٢٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا ملك المشتري المبيع بالتقادم ، لم يعد هناك محل للرجوع على البائع بضمان الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧٠ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٩٠ - ٤ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٣٣) ، وقضت أيضاً بالأعلى لضمان إذا فسر المشتري في التمسك بتملك المبيع بالتقادم القصير (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٣٢) ، أنظر مايل فقرة ٣٩٧ في الحاش . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم آخر بأنه لا يجوز للبائع أن ينسحب على المشتري أنه لم يعمل بتملك المبيع بالتقادم (٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢١) . فقد تأل به المشتري أن يتسك بالتقادم بعد تمامه .

(٣) قارن الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ٣١٠ ص ٤٧٤ - الأستاذ منصور مصطلح منصور ص ١٦٧ .

كل مانى وسعه : أخطر البائع بدعوى الاستحقاق ، ولم يسلم بحق للمعرض .
١- دفع دعواه بما يملك من وسائل . فيكون من حقه بعد كل ذلك ، وقد استحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بحكم نهائى ، أن يرجع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق . ولا يكتفى في دفع رجوع المشتري على البائع بهذه التعويضات أن يثبت البائع أن المعرض لم يكن على حق فيما ادعاه ، كما كان ذلك يكتفى في حالة برار المشتري بحق المعرض أو تصالحه معه . فقد أمكن في هذه الحالة الأخيرة أن ينسب إلى المشتري تقصير هو تسرعه في الإقرار أو التصالح ولو كان ذلك بحسن نية ، أما هنا فالمشتري لم يرتكب حتى هذا التقصير اليسير ، بل ظل إلى النهاية يدفع دعوى المعرض ، فإذا كان لم ينجح فليس من الممكن أن ينسب إليه أى تقصير في ذلك . ولا يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات إلا إذا أثبت أن الحكم النهائي الصادر في دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو الخطأ جسيم منه (١) ، فلا يكتفى إذن لإثبات خطأ غير جسيم في جانب المشتري (م ٤٤٠ / مدنى) (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا المعنى : « والفرق بين الحالتين ظاهر ، ففي حالة ما ذكره - الحكم دون إقرار أو صلح - ، يصبح من المقول ألا يؤخذ على المشتري إلا التدليس أو الخطأ الجسيم ، لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع في المعاد الملائم ، ويكون غير مسئول عن صدور الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأجنبى ولم يعمد إلى الصلح معه . أما في الحالة الأولى فإن المشتري قد تحمل مسئولية الإقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل - بأن أثبت البائع أن الأجنبى ليس على حق في دعواه ، كان طبيعياً أن يسد حقه في الاستحقاق » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٨٩ - ص ٩٠)

(٢) وإذا لم يثبت البائع في الدعوى بالرغم من إخطاره ، ولم يدخله أحد من الخصوم ، كان الحكم باستحقاق المبيع حجة عليه بالنسبة إلى المشتري ، فيرجع هذا عليه بالضمان إلا إذا أثبت البائع تدليس المشتري أو خطئه الجسيم . ولكن الحكم باستحقاق المبيع لا يكون حجة على البائع بالنسبة إلى المستحق ، فإن هذا لم يدخل البائع في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهته . ومن ثم إذا عجز البائع عن إثبات تدليس المشتري أو خطئه الجسيم فدفع له التعويضات التي يقرها المليون ، جاز للبائع أن يرجع على المستحق ليثبت أنه غير بحق في دعواه باستحقاق المبيع ، فيسترده منه ، ولا يجوز للمستحق أن يحتج بالحكم الصادر لمصلحته ضد المشتري . وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا المعنى : « وإذا أدخل البائع بالتزامه ولم يتدخل في الدعوى ، لمشتري أن يدخله فيها ، ولكنه ليس في حاجة إلى ذلك اكتمالاً بالإحصار الذى سبقته الإشارة إليه . وإذا هو لم يرتكب تدليلاً أو خطأ جسيماً =

٣٥٠ - عدم نزع البائع في دعوى الاستحقاق من قبل المشتري

المشتري اباه : بقت الحالة الأخيرة ، وهي ألا يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق دون أن يكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم (١) . ففي هذه الحالة إذا نجح المشتري في رد دعوى المتعرض ، انتهى التعرض وانتهى معه التزام البائع بضمانه كما في الحالة السابقة (٢) . أما إذا أقر المشتري بحق المتعرض أو نصالح معه أو قضى للمتعرض بطلبائه بموجب حكم نهائي ، وأراد المشتري الرجوع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان المستحق وجبت مراعاة أن المشتري قد قصر في عدم إخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ، ولو فعل فقد يجوز أن يكون البائع قادراً على التدخل وعلى رفع دعوى المتعرض . من أجل ذلك لا يطلب من البائع لدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات ، أن يثبت تدليس المشتري أو خطؤه الجسيم كما في الحالة السابقة ، بل يكفي أن يثبت أن تدخله في الدعوى ، لو مكنته المشتري من ذلك في الوقت الملائم ، كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٣/٤٤٠ مدني) (٣) .

== في الدعوى المرفوعة عليه من الأجنبي ، وثبت استحقاق هذا ، فإن الحكم الذي يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشتري في دعوى ضمان الاستحقاق . والبائع هو الذي يكلف بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه . وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق لا يكون حجة على البائع المستحق ، ما دام هذا لم يسجل البائع في دعوى الاستحقاق مجموعة الأعمال التحضيرية (ص ٨٥ - ص ٨٦) .

(١) ولا يرى أنه يكفي في هذه الحالة أن يثبت المشتري أن البائع يعلم فعلاً بالتعرض ، ما دام لم يتم هو بإخطاره به في الوقت الملائم ، فقد يظن البائع أن المشتري مطمئن إلى مركزه ولا يحتاج إلى تدخل البائع ولذلك لم يخطره (قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥١ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٤٧) .

(٢) وقد لا ينجح في دفع التعرض ويحكم باستحقاق المبيع ، ومع ذلك يستخلص من وقائع الدعوى أن المشتري أراد بعدم إخطاره البائع بتعرض المستحق أن ينزل عن حقه في الرجوع بالضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نفت المحكمة في حكمها دعوى نفيًا تاماً موضوعياً مقيداً أن المشتري تنازلوا فعلاً عن دعوى الضمان قبل البائع لهم ، فذلك تقدير موضوعي في شأن من الشؤون التي تملكها محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض ما دام هذا التقدير متزعماً من وقائع ثابتة والمقل يقبله (نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٩ ص ٨٨١) .

(٣) مصر استئنافي ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٣١٦ - استئناف وطني ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ المحرق ٤٢ ص ١٣٢ - وكان المشرع التمهيدى يجعل عبء الإثبات على المشتري ==

(ب) التنفيذ بطريق التعويض

ضمان الاستحقاق

٣١٥ - متى يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق : يخلص مما قدمناه أن المشتري يرجع على البائع بضمان الاستحقاق في إحدى الأحوال الآتية : (١) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فتدخل البائع في الدعوى ولم يفلح في دفع دعوى المتعرض . (٢) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطيع البائع إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم . (٣) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى : وأقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطيع البائع إثبات أن المتعرض لم يكن على في دعواه . (٤) إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، وحكم تعرض ، ولم ثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها . (٥) إذا سلم المشتري للمتعرض محته دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

فاذا وجب لمشتري على البائع ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال المقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (١) فاما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً كلياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً كاملاً طبقاً للقواعد التي سنبينها . (ب) وإما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً بقدر الضرر الذي أصابه على الوجه

== لا على البائع ، فيثبت المشتري «أن البائع ما كان يستطيع دفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل في هذه الدعوى (م ٨٦ مشروع تمهيدى) . فعدل النص في لجنة مجلس الشيوخ ، ونقل عب. الإثبات إلى البائع لأنه أصبح بعد صدور الحكم مدعياً ببراءة ذمته من الالتزام بالضمان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ وص ٨٨ - وانظر آنفاً فقرة ٣٤٧ في الماشر - وانظر عكس ذلك وأن القواعد العامة كانت تقضى بحمل عب. الإثبات على المشتري) (الأستاذ . شرح عب. الباقي ص ٢٣٢ هامش ١) .

الذى سذكروه . (ج) وإما أن يكون المشتري قد دفع للمعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق ، فيجب على البائع ، إذا أراد أن يتخلص من ضمان الاستحقاق ، أن يرد للمشتري ما أداه له المعرض .
ونستعرض كلا من هذه الفروض الثلاثة .

٣٥٢ - الاستحقاق الكلى - النصصرى القانونية : تنص المادة ٤٤٣ من التقنين المدنى على ما بأتى :

- « إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري أن يطلب من البائع .
- ١ - قبعة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .
- ٢ - قيمة الثمن التى أُرجم بشئى يرددها من مستحق المبيع .
- ٣ - المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع صبيها البية .
- ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتفيه بها لو أحضر الدائن والدعوى طبقاً لمادة ٤٤١ .
- ٥ - وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من حسارة أو فـ من كسب بسبب استحقاق المبيع .
- « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري منبأ عن المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٨٠٠ من مشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التفسير المدنى الجديد فيما عدا أمرين : (١) فى المشروع التمهيدى كان البند ٢ يذكر المصروفات الضرورية إلى جانب المصروفات النافعة . (٢) تنص المشروع التمهيدى على العبارة الأخيرة من النص وهى : « كل هذا - لم يكن رجوع المشتري منبأ عن المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » . وفى لجنة المراجعة حذفت كلمة « الضرورية » لأنه لا يتصور أن لشئى لا يستطيع أن يلزم بها المستحق ، وأضيفت العبارة الأخيرة التى سبق ذكرها حتى يبين أن النص مقصور على تطبيق قواعد التنفيذ بطريق التعويض ولا يحل هذا بحق المشتري أو النص أو الإبطال . وأصبح النص رقم ٤٤٦ فى مشروع التمهيدى ووافق عليه مجلس النواب . = (٣٣ - ٤٣٠ - ٤٤٦)

والمرتبة في النص المتقدم أن المبيع استحق استحقاقاً كلياً ، أى أن المبيع

= فجلس للشرح تحت رقم ١١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ - ص ٩٥
وص ٩٧ - ٩٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق النصوص الآتية :

م ٣٧٨/٣٠٤ : إذا كان الثمن واجباً ، ونزعت الملكية من المشتري ، فعلى البائع رد
الثمن مع التفضيلات .

م ٣٧٩/٣٠٥ : التفضيلات المذكورة عبارة عن رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف
وما صرفه المشتري على المبيع والرسوم المنصرفة منه في دعوى الاستحقاق ودعوى الثمن وجميع
الحسابات الحاصلة له والأرباح المقبولة قانوناً التي حرم منها بسبب نزع الملكية .

م ٣٨٠/٣٠٦ : إذا نزع ملكية المبيع من المشتري ، وجب رد الثمن إليه بتمامه
ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان .

م ٣٨١/٣٠٧ : أما إذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه ، فتحسب تلك الزيادة من
ضمن التفضيلات .

م ٣٨٢/٣٠٨ : المصاريف الواجب على البائع دفعها في حالة عدم ملزومية مدعى الاستحقاق
بها هي المصاريف المترتبة عليها فائدة للمبيع .

م ٣٩٣/٣٠٩ : يلزم البائع المدلس بدفع كامل المصاريف ولو كانت منصرفة من المشتري
في زرع المبيع وزخرفته .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد فيما يتعلق بنصوص التقنين السابق :
« يخلط التقنين الحال (السابق) كما يخلط كثير من التفسيرات الأجنبية ، في هذه المسألة
بين الآثار التي تترتب على نزع البيع وتلك التي تترتب على تنفيذ بطريق التمويض ، من ذلك
أن المادتين ٣٧٨/٣٠٤ و ٣٨٠/٣٠٦ من التقنين الحال (السابق) ترتبان أثر الفسخ ، وليس
المادتين ٣٧٩/٣٠٥ و ٣٨١/٣٠٧ ترتبان أثر التنفيذ ، وكان الأول عدم الخلط بين هذه الآثار
وتلك على أن يختار المشتري لنفسه الطريق الأصح » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧) .

وهذا ما فعله التقنين المدني الجديد ، فقد ميز بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ ودعوى
الإبطال ، واختص ضمان الاستحقاق بقواعد خاصة به لتقدير التمويض المستحق . والمهمة
في تطبيق نصوص التقنين الجديد بتاريخ الوتعة التي اعتبرت تعرضاً للمشتري ، فن هذا التاريخ
ينشأ الالتزام بضمان الاستحقاق ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت
نصوص التقنين السابق ، وإلا فإن نصوص التقنين الجديد هي التي تسرى .

ويقابل النص في التفضيلات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري المادة ٤١١

(وهي مطابقة للمادة ٣٤٤ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
ق ١٦٥ - فقرة ١٦٨) .

التقنين المدني الليبي المادة ٤٣٢ (وهي مطابقة لمادة ٤٤٣ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٤ - إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم =

كان مملوكاً لغير البائع فانزعه المالك الحقيقي من يد المشتري ، ويرجع المشتري لأن على البائع بضمان الاستحقاق . وظاهر أن المشتري يملك - غير دعوى ضمان الاستحقاق - دعويين أخريين ، هما دعوى الإبطال باعتبار أن البيع صادر من غير مالك فهو بيع ملك الغير ، ودعوى الفسخ على أساس أن المشتري

= وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقمت قيمة المبيع أو زادت . وله أن يتردد أيضاً قيمة الثمن التي ألزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي صرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، هذا ما كان يستطيع المشتري أن ينفق منها لو أخطر البائع بالدعوى . ٢ - أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري أن يتردد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكالية التي أنفقها على المبيع ، وأن يطلب تعويضاً عما لحق من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

(والظاهر أن التقنين العراقي يعالج بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ثم هو يميز بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية الذي يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فيحمل التويعض على الثاني أوسع مدى منه عن الأول . والتقنين المصري يميز تمييزاً واضحاً بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ولا يعرض للتمييز بين حسن نية البائع وسوء نيته إلا فيما يتعلق بالمصروفات الكالية - أنظر في القانون المدون العراقي الأستاذ حسن أمينون فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢٠٩ وفقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٤٠ - والأستاذ حسن الصراف فقرة ٤٩٣) .

نتائج الموجهيات والمقود اللبناني م ٤٣٣ : إذا كان الدعوى بالضمان على وجه مجرد أو لم يشترط شيء يمتنع بالضمان ، فالمشتري الذي نزع منه المبيع كله بحكم الاستحقاق يحق له أن يطالب البائع . أولاً - برد الثمن . ثانياً - بقيمة الثمن إذا أجبر المشتري على رددها إلى المالك المستحق . ثالثاً - بالمصاريف التي صرفها المشتري في دعوى الضمان وبمصاريف المدعي الأصل . رابعاً - ببطل العطل والضرر مع النظر بعين الاعتبار إلى قيمة تحسين الملك عند الاقتضاء وبمصاريف العقد ورسومه القانونية - على أنه لا يحق للمشتري أن يطالبه ببطل العطل والضرر إذا كان ما مأ وقت البيع بخطر الاستحقاق .

م ٤٣٤ : إذا وجد المبيع وقت الاستحقاق مصاباً بنقص في قيمته أو بعيب كبير لإمكان ارتكبه المشتري أو لمحدث نشأ عن قوة قاهرة ، فالبايع يبقى ملزماً برد الثمن . أما إذا كان المشتري قد جنى نفعاً من التيب الذي أحدثه في المبيع ، فللبائع أن يحسم من الثمن مبلغاً يبادل قيمة ذلك النفع .

م ٤٣٥ : على البائع أن يرد بنفسه إلى المشتري أو يحمل المستحق على أن يرد إليه جميع نفقات الترمم والتحسينات المفيدة التي أحدثها المشتري في المبيع .

م ٤٣٦ : يجب على بائع ملك الغير إذا كان سيئ النية أن يدفع إلى المشتري جميع عاصمته هل المبيع للكاليات والمستحقات .

(وظاهر أن التقنين اللبناني ، على غرار التقنين الفرنسي ، لا يميز تمييزاً واضحاً بين ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الفسخ ودعوى الإبطال من جهة أخرى) .

يجوز البيع ثم يطلب فسخه لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية . وهاتان الدعويان - الإبطال والفسخ - لاشأن لنا بهما هنا ، فالأولى قد تقدم ذكرها في بيع ملك الغير ، والأخرى هي دعوى الفسخ المقررة في العقود الملزمة لجانبين . وقد أشارت العبارة الأخيرة من النص المتقدم إشارة صريحة إلى هذا المعنى إذ نقول : وكل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله .

والذي يعنينا هنا هو التعويض الواجب في دعوى ضمان الاستحقاق . وقد وضع فيه التقنين المدني قواعد خاصة به جعلته يتميز عن التعويض في كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وظاهر أن هناك فرقاً فنياً واضحاً بين دعوى ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الإبطال ودعوى الفسخ من جهة أخرى ، هو الذي انبنى عليه هذا التمييز . فكل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ تفترض أن عقد البيع قد زال ، إما بالإبطال أو بالفسخ ، وأن التعويض الذي يعطيه البائع للمشتري ليس مبنياً على العقد بعد أن زال . أما دعوى ضمان الاستحقاق فتفترض أن عقد البيع باق لم يزل ، إذ التعويض فيها سببه هو عقد البيع ذاته ، وليس التعويض في ضمان الاستحقاق إلا تنفيذاً بطريق التعويض لعقد البيع بعد أن تعذر تنفيذه تنفيذاً عينياً ، وهذا قاطع في أن عقد البيع باق لم يزل مادام التعويض ليس إلا تنفيذاً له . ومن ثم كان التعويض في ضمان الاستحقاق مقدراً على أساس تعويض المشتري عن فقدته للبيع فيأخذ قيمته وقت الاستحقاق ، لا على أساس زوال البيع فيسترد المشتري الثمن (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « أثر المشروع في بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق أن يلتزم الحل الذي تمليه القواعد العامة . ف ضمان الاستحقاق التزام في ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد . ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه إلا من قيام عقد البيع ، والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية البيع . ولما كان البيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العيني للالتزام فلم يبق أمام المشتري =

ويعدد النص المتقدم الذكر عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق الكلي ، على أساس تعويض المشتري عن فقده المبيع . وحتى تمثل هذه العناصر تئلاً واقعياً ، نفرض أن البيع دار عندما تسلمها المشتري أجرى بها ترميمات ضرورية ، ثم أقام طبقة جديدة فوق طبقات الدار وأنشأ مصعداً ، ودهن حيطان الدار لزخرفتها ، وقبض ريع الدار من وقت أن تسلمها . وبعد ذلك رفع شخص على المشتري دعوى استحقاق ، فأدخل المشتري البائع ضامناً في الدعوى ، وحكم باستحقاق الدار وتعويض للمشتري على البائع . فهذا التعويض الذي يأخذه المشتري من البائع بسبب ضمان الاستحقاق يتكون من عنصرين جوهرين هما قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، ولكن المشرع فصل هذه التعويضات ، فصار التعويض عن ضمان الاستحقاق يتكون من العناصر الآتية :

أولاً - قيمة المبيع والفوائد القانونية : فيدفع البائع للمشتري قيمة الدار في الوقت الذي رفعت فيه دعوى الاستحقاق ، لأن الحكم بالاستحقاق يستند إلى يوم رفع الدعوى (١) . ويلاحظ في تقدير قيمة الدار ألا يدخل في هذه القيمة المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية - أي الترميمات والطبقة الجديدة والمصعد والدهان - فهذه لها حساب آخر سيأتي بعد . وإنما يدفع البائع للمشتري قيمة الدار وقت الاستحقاق بدلاً من رد الثمن ، لأن المشتري يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لا على أساس فسخ العقد أو إبطاله كما سبق القول ، فالبيع إذن باق وهو مصدر التعويض (٢) . ولا تأثير لمقدار الثمن على قيمة المبيع

= إلا أن يطالب بتسديد الالتزام عن طريق التعويض . والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكره المادة ٥٨٩ من المشرع ، وهي تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقدير مدى التعويض ، (مجموع الأعمال التحضيرية : ص ٩٥ - وأنظر أيضاً ص ٩٧) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨ مكررة - وإذا كان المبيع حق انتفاع في الدار ، ردت قيمة حق الانتفاع وقت رفع دعوى الاستحقاق ، وهذه القيمة قد نقصت بداية عن القيمة وقت البيع (قارب بودرى وسينيا فقرة ٣٧٤ مكررة) . وقد ترتفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع ارتفاعاً باطلاً يرجع إلى ظروف غير متوقعة ، كفتح شارع أو استحداث تحسينات في المواصلات ونحو ذلك ، فهما كان مقدار الارتفاع يرجع به المشتري على البائع لأنه قد خسرهما فعلاً المبيع . استحقاق (قارب بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨) .

(٢) أما إذا كان يطالب على أساس فسخ العقد أو إبطاله ، فإنه يسرد الثمن لا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إذ يؤول العقد بفسخ الشخص بغير تسعير ، فيعبره المشتري بدوامه . وإذا

وقت الاستحقاق ، فلو أن المشتري دفع ثمناً للدار العا وكانت قيمتها وقت الاستحقاق تقل عن الألف أو تزيد ، فإن الذي يأخذه المشتري من البائع هو الدار وقت الاستحقاق قلت عن الثمن أو زادت (١) . وبأخذ المشتري قيمة

= غير المستحق . وقد خلط التقنين المدني العراقي (م ٥٥٤) وتقنين المورجيات والمقود البيناني (م ٤٣٣) بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ أو دعوى الإبطال ، فأوجبا على البائع في ضمان الاستحقاق رد الثمن . وهذا ما فعله أيضاً التقنين المدني الفرنسي (١٦٣٠ وم ١٦٣١ فرنسي - وانظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٨ - جوسران ٢ فقرة ١١١١) .

ويبدو أنه مادام المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا الثمن ، فإنه لا يسترد مصروفات البيع فهذه ملحقة بالثمن ودو والثمن معاً تقابلها قيمة المبيع (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢١٢ - الأستاذ عبد الفتاح - الباقي فقرة ٢٤٧ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٤٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥ - ص ١٧٦) . وفي عهد التقنين المدني السابق ، حيث كان المشتري يسترد الثمن ، كان يسترد أيضاً مصروفات البيع (استئناف : ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥) . وفي فرنسا رأيان : رأى يذهب إلى أن المشتري لا يسترد مصروفات البيع إلا إذا كان حسن النية ، وهذا معناه أن مصروفات البيع تدخل ضمن التعميمات فلا تلحق بالثمن (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش رقم ٣١ ثالثاً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٥٥١) . ورأى يذهب إلى أن المشتري يسترد المصروفات ولو كان سيئ النية ، وهذا معناه أنها تلحق بالثمن ولذلك يسترد ما اشتري سيئ النية إذ هو يسترد الثمن وملحقاته دون أن يأخذ تعويضاً (بودري وسينيلا فقرة ٣٧٧ ص ٥٦٩ - بيدان ١١ فقرة ٢١٥) .

ويترتب على أن المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع لا الثمن أنه لو كان الثمن يراداً مرتباً متى الحياة ، فإن المشتري يتى ملزماً بدفع الإيراد للبائع بعد أن يسترد منه قيمة المبيع ، ولا يكون للبائع حق امتياز على قيمة المبيع لأن حلول هذه القيمة محل المبيع حلولاً عينياً لم يرد فيه نص . أما في اتفاقون الفرنسي ، حيث يسترد المشتري الثمن لا قيمة المبيع ، فإنه يسترد ما دفعه من أقساط الإيراد ، فينقطع الإيراد (أوبري ورو ٤ فقرة ٣٥٤ هامش ٢٨ مكرر ثالثاً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٢ ص ١٢١) .

(١) وقيمة المبيع وقت الاستحقاق قد تهبط عن قيمته وقت البيع إما بفعل المشتري ويكون ذلك عادة باستعمال المبيع أو هدم جزء منه ، وإما بانخفاض سعر المبيع في السوق . وكذلك قد تزيد بفعل المشتري أو بارتفاع سعر المبيع في السوق أو بأعمال عامة كفتح شارع أو تحمين طرق المواصلات (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٠) .

ويلاحظ أن إذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الثمن ، جاز للمشتري ، بدلاً من الرجوع بضمن الاستحقاق ، أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله فيسترد الثمن (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٣٠٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٦ ص ٢٤٢ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣) .

المبيع وقت الاستحقاق دون تمييز بين ما إذا كان حسن النية أو سيئ النية أى بين ما إذا كان لا يعلم وقت البيع الاستحقاق أو يعلم . ودون تمييز بين ما إذا كان البائع نفسه حسن النية أو سيئ النية فسواء كان يعلم سبب الاستحقاق وقت البيع أو لا يعلم ذلك فهو ملزم بدفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق للمشتري (١) . ولما كان المشتري ملزماً ، كما ترى ، برد ريع الدار للمستحق من يوم رفع دعوى الاستحقاق على الأقل ، فإنه يأخذ من البائع تعويضاً عن هذا الربح الفوائد بالسعر القانوني (٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية) لقيمة الدار وقت الاستحقاق ، فهذه التوائد بالنسبة إلى هذه القيمة تقبل الربح بالنسبة إلى الدار (٢) . ويأخذ المشتري التوائد القانونية المتقدمة الذكر ، ولو كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ، أو كان البائع وقت البيع لا يعلم بهذا السبب .

ثانياً - الثمار : وإذا فرض أن المشتري كان يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فإنه يكون ملزماً برد الربح الذى قبضه من الدار من اليوم الذى علم فيه بسبب الاستحقاق (م ٢/١٨٥ مدني) . وعند ذلك يرجع على البائع بما رده للمستحق من ريع الدار إلى يوم رفع دعوى الاستحقاق ، ويقول البند الثاني من المادة ٤٤٣ مدني إن المشتري يطلب من البائع قيمة الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع . ونقول المذكورة بإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والمفروض في ذلك أن المشتري قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فوجب أن برد الثمار المستحقة من وقت علمه بذلك ، ويرجع بها إلى البائع استيفاء لحقه في التعويض . أما ثمار المبيع من وقت ريع

(١) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٢٧ .

(٢) ويستحق المشتري الفوائد القانونية حتى لو كان المبيع ثماراً ، كما لو كان أرضاً نصفاً مدة لبناء ، وتكون في هذه الحالة على سبيل استكمال التعويض فقد كان المشتري يستطيع أن يستغل قيمة المبيع لو أخذ من البائع فوراً بمجرد الاستحقاق (أنظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٦ ص ٢٤٣) . ويستحق المشتري الفوائد القانونية دون حاجة لمطالبة قضائية بها ، ويمكن في مرياتها رفع دعوى ضمان الاستحقاق الأصلية أو إعادة البائع في دعوى الاستحقاق بصفة فرعية (الأستاذ بيجال الشرقاوى ص ٢٤٤ - الأستاذ محمد السمر الدراوى فقرة ٣١٠ - الأستاذ منصور مطلق منصور ص ١٧٣) .

الدعوى ، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه فيما تقدم (١) .

ثالثاً - المصروفات : أما المصروفات التي أنفقها المشتري على الترميمات ضرورية التي أجراها في الدار ، فهذه بأخذها من المستحق ، سواء كان المشتري لا يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو كان يعلم أى سواء كان حسن النية أو سيئها ، وهذا تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٩٨٠ مدنى إذ تقول : « على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يزدى إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضرورية » . ومن ثم لا يرجع المشتري على البائع بشئ من هذه المصروفات الضرورية ، فقد استردها كلها من المستحق (٢) . وأما المصروفات التي أنفقها في إقامة الطبقة الجديدة فوق طبقات الدار الأصلية ، فهذه مصروفات ناعمة أوردت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدنى والمادتان ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى حكمها . فإذا كان المشتري يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، كان للمستحق أن يطلب منه إزالة هذه الطبقة مع التعويض إن كان له وجه ، أو يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى مازاد في قيمة الدار بسبب هذه الطبقة الجديدة (م ٩٢٤ مدنى) . وإذا كان المشتري لا يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، خير المستحق بين دفع نفقات البناء أو دفع مازاد في قيمة الدار (م ٩٢٥ مدنى) . وفي الحالتين يتحمل المشتري ، بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذى يسمح به القانون على النحر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩٦ - استئناف مخطوط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ص ٢٤٥ - وبسبب الاستحقاق رهناً ونزع الدائر المرتهن ملكية المبيع ، فإن التنازل تلحق بالمعيار من وقت تسجيل التسيب (م ١٠٣٧ مدنى) فيحرم منها المشتري ، ويرجع بها على البائع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٦) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يذكر استرداد المشتري من البائع المصروفات الضرورية التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، فصحح هذا الخطأ في لجنة المراجعة بحذف هذا الحكم ، لأن المصروفات الضرورية « لا يتصور أن المشتري لا يستطيع أن يلزم بها المستحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩٤ و ص ٩٧) - هذا وللمشتري حق امتياز على المبيع يكفل له رجوعه بالمصروفات الضرورية على المستحق (م ١١٤٠ و م ١١٤٨ مدنى - الأستاذ محمد على أمام فقرة ٢١٠) .

المتقدم الذكر ، نصارة هي الفرق بين قيمة الطبقة الجديدة وقت الاستحقاق والمبلغ الذى استرده من المستحق ويكون عادة أقل من قيمة الطبقة الجديدة . فهذه النصارة يرجع بها المشتري على البائع كمعبر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ، ويستوى في هذا الرجوع أن يكون المشتري غير عالم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو علما بذلك (١) . وأما المصعد الذى أنشأه المشتري في الدار ، فيغلب أن تكون المصروفات التى أنفقت فيه ، مصروفات نافعة ، ويكون حكمها هو الحكم الذى قدمناه في المصروفات التى أنفقت على إقامة الطبقة الجديدة . وقد تكون مصروفات المصعد مصروفات كمالية ، بما إذا كان المألوف في مثل الدار المبيعة حتى يتم بناء الطبقة الجديدة ألا يكون فيها مصعد وليست الدار في أية حاجة إليه ، وسنرى حالا حكم المصروفات الكمالية . وأما المصروفات التى أنفقتها المشتري على دهان حيطان الدار وزخرفتها ، فالغالب أن تكون مصروفات كمالية (٢) ، وحكمها وارد في الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ مدني ونفسى بأنه إذا كانت المصروفات كمالية فليس لها أثر أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن يزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يسبقها بمقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة . وظاهر أن دهان الحيطان لا يتصور فيه أن يطلب المشتري إزالته ، فهو سبترته للمستحق دون أن يأخذ منه أى تعويض ، فهل يرجع هذه المصروفات الكمالية على البائع كمعبر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ؟ يجب البند ٣ من المادة ٤٤٣ مدني ، كما رأينا ، بأن المشتري يسترد من " " هذه المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية ، أى إذا كان البائع رمت البيع يعلم بسبب الاستحقاق . وتعلل المذكورة بالإضافة

(١) وقد كان القضاء المصري في عهد التقنين المدنى السابق يفتى بذلك (استئناف محظوظ ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٥ - ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢) . بل أنه لا يرد المشتري من البائع هذا الفرق إلا إذا كان قد أنفق المصروفات قبل رفع دعوى الاستحقاق ، إما إذا أنفقها بعد رفع هذه الدعوى فليس له أن يرجع بفرق على البائع (استئناف محظوظ ٢٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٠ - ٩ يونيو ١٩١٣ م ١٢ ص ٤١٧) .
(٢) وقد تكون في أموال نادرة مصروفات نافعة ، وقد عارضنا حكم هذه المصروفات .

للمشروع التمهيدى هذا الحكم بما يأتى : « أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشتري على المستحق ، وكذلك لا يرجع بها على البائع إذا كان حسن النية ، لأن المدين فى المسئولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمراً غير متوقع . فإذا كان البائع سبب النية ، أى كان يعلم بحق الأجنبي ، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، ربح إذن للمشتري أن يرجع بالمصروفات الكمالية » (١) .

رابعاً - مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان : يضاف إلى عناصر التعويض الذى يرجع به المشتري على البائع فى ضمان الاستحقاق ما عسى أن يكون قد ألزم به من مصروفات دعوى الاستحقاق التى رفعها المستحق عليه ، فقد يكون المشتري قد بنى خصماً فى هذه الدعوى ولما حكم للمستحق بالاستحقاق ألزم هو بمصروفات الدعوى نحو المستحق . فيرجع بما ألزم به من هذه المصروفات على البائع كمعصر من عناصر التعويض . ثم إن المشتري قد أدخل البائع ضامناً فى الدعوى ، أو لعله رفع عليه دعوى ضمان أصلية بعد الحكم بالاستحقاق ، فى الحالتين يكون قد تكبد مصروفات هى مصروفات إدخال البائع ضامناً أو مصروفات دعوى الضمان الأصلية . فهذه المصروفات أيضاً يلزم بها البائع نحو المصارف ، ويستثنى من ذلك المصروفات التى كان المشتري يستلج أن يتقيا لو أنه أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم (٢) ، فقد يبطئ المشتري فى إخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، وقد لا يخطره أصلاً ، ويتسبب عن ذلك أن تطول الإجراءات فى غير مقتضى فتزيد المصروفات . فإزاد منها على هذا النحو لا يرجع المشتري به على البائع لأنه هو الذى تسبب فيه بخطأه (٣) . وعلى البائع يقع عبء إثبات أن المشتري كان يستطيع انقضاء المصروفات على النحو المتقدم (٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩٦ .

(٢) كما لو تكلفت مصروفات للحصول على صورة مستند كان موجوداً عند البائع وكان يستطيع أخذه منه لو أخطره (الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٧٥) .

(٣) أنظر البند ٤ من المادة ٤٤٣ مدنى . وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ٤

ص ٩٦ .

(٤) بیدان ١١ فقرة ٢١٤ .

خامساً - مالق المشتري من الخسارة وما فاته من الكسب : وبذكر البند الخامس من المادة ٤٤٣ مدني ، كما رأينا ، أن البائع يلتزم ، بوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . وتقول المذكرة الإيضاحية أن « ليس في ذلك إلتا تكبير بالمواعد العامة » (١) . فالقواعد العامة تقضي بأن التعويض في المسؤولية التي تقبضه يشمل كل مالق الدائن من خسارة متوقعة أو فاته من كسب متوقع . وقد يكون هذا ونبت عنصرين جديدين في التعويض فوق العناصر التي قدمناها . مثل ذلك ، فيما لحق المشتري من خسارة ، أن يكون وقت أن اشترى الدار قد اضطر لمعاينتها فانتقل إليها من بعيد برفقة البائع وتجنثم في ذلك مصروفات السفر . فهذه خسارة نحمائها المشتري فيرجع بها على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق (٢) . ومثل ذلك ، فيما فات المشتري من كسب ، أن يكون الثمن الذي اشترى به المشتري الدار قد أعدده لاستغلاله في ناحية تدر عليه ربحاً معيناً ثم تحول عن هذه الناحية إلى شراء الدار والبائع يعلم ذلك . فاستحقاق الدار قد فوت على المشتري هذا الربح المعين الذي كان يجنيه لو أنه استغل ثمن الدار في الناحية التي فكر فيها من قبل ، فيرجع على البائع بهذا الربح كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق (٣) .

هذه هي العناصر المختلفة في التعويض المستحق بسبب ضمان الاستحقاق ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧ .

(٢) بلانول وريبير وهامل ١٠ فترة ١١٤ وص ١٢٠ هامش ٣ .

(٣) در عهد التقنين المدني السابق ، حيث كان البائع يرد الثمن للمشتري ، كان يجوز للقاضي أن يحجب ، على سبيل التعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب ، فوائد على الثمن بسعر معين يدفعها البائع عند رد الثمن ، وليس من الضروري أن يكون هذا السعر هو السعر القانوني . وقد فسحت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع - عندما يجب على البائع رد الثمن مع التصحيات حسب استحقاق المبيع - أن يقدر هذه التصحيات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن . أو أن يسب عليه الثمن بالتوائد التي يعرض بها على المشتري ما خسره . وأحرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً حسب ربح الملكية . وليس على القاضي إذا أجرى الفوائد التعويضية على المشتري أن يتبع أحكام موانع التأثير المشار إليها في المادة ١٢٤ مدني (السابق) (نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٤ ص ١٤٤) .

قد ذكرها القانون مالم يص عنصراً عنصراً، فأبرز بذلك دعوى ضمان الاستحواذ عقوماتها الذاتية، ووارق بينها وبين دعوى الفسخ ودعوى الإبطال كما سبق القول. وأهم فرق في التعويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق وبين التعويض المستحق بدعوى الإبطال أو دعوى الفسخ يظهر عندما يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع. وفي دعوى ضمان الاستحقاق لا يؤثر هذا العلم في مقدار التعويض (١)، أما في دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ فالمشتري يكون سبباً للثبوت، وقد علمنا في بيع ملك الغير أن المشتري إذا كان سبباً للثبوت فليس له أن يطالب البائع بتعويض (م ٤٦٨ مدني) ومن ثم لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع بغير الثمن الذي دفعه ولا يسترد العناصر الأخرى من عناصر التعويض التي سبق ذكرها في ضمان الاستحقاق. وهذا وحده كاف في جعل دعوى ضمان الاستحقاق بارزة إلى جانب دعوى الفسخ ودعوى الإبطال: وجعل المشتري يؤثر عادة أن بلجاً إلى هذه الدعوى دون الدعويين الآخرين.

(١) والفقه في مصر منقسم في هذه المسألة، فالقائلون بانسداد شرط حسن نية المشتري حتى يكون له الحق في التعويضات الأخرى يقيسون دعوى ضمان الاستحقاق على دعوى إبطال بيع ملك الغير (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٥ - الأستاذ عبد المنعم سراجي فقرة ٣١٥). والقائلون بأن للمشتري الحق في التعويضات الأخرى ولو كان سبباً للثبوت يستندون إلى أن النصوص ميزت تمييزاً واضحاً بين دعوى إبطال بيع ملك الغير ودعوى ضمان الاستحقاق فلا يجوز الخلط بينهما وقياس هذه على تلك، وإلى أن القواعد العامة في التنفيذ بطريق التعويض، وهي القواعد التي تنطبق على دعوى ضمان الاستحقاق، لا تستند التعويض عن الضرر إلا إذا كان الدائن هو الذي تسبب في إحداث الضرر، ولا يجوز التحفظ إلا في حالة ما إذا أمكن تفسير علم المشتري بسبب الاستحقاق اتفاقاً ضيقاً على عدم الضمان فيجب صدق رد قيمة المبيع دون التعويضات الأخرى، الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٧ - ص ١٧٩ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٥ - ص ١٢٦ - وقارب الأستاذ جيل الشراوى ص ٢٥٩). أما سوء نية البائع فلا يؤثر إلا في الضرر غير المترفع كالمصروفات الكالية، فيعوض منه البائع سبباً لثبوت دون البائع حسن النية، وفي غير هذه الحالة تستحق كل التعويضات حتى لو كان البائع حسن النية وكان المشتري سبباً للثبوت.

وكان القضاء في عهد التقنين المدني السابق، حيث كان ضمان الاستحقاق يختلط ببيع ملك الغير، يشترط حسن النية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٤ ص ٢٨١ - استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ لملام ١٢ رقم ٢٥٥/١ ص ١٨٠-١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ١٧٠ =

٣٥٣ - موشحان الجزئي - النصوص القانونية - نص المادة ٤٤٤
من التقنين المدني على ما يأتي :

١٥ - إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدراً لو عنمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ الميئة في المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

٢٥ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت لم تبلغ القدر الميئن في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق (١) .

= استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٨ - ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٤١ - ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٣ - أول يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٠ .

وفي القانون الفرنسي ، حيث تختلط دعوى ضمان الاستحقاق بدعوى إبطال بيع ملك الغير ، يشترط الفقه الفرنسي حسن نية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى قياساً على القواعد المقررة في بيع ملك الغير حيث لا يستحق المشتري تعويضاً إلا إذا كان حسن نية (أوبري ودره ، فقرة ٣٥٥ ص ٧٦ - بودري وسينيا فقرة ٣٧٥ - بلانيرل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٣ ص ١٢٣ - بلانيرل وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٤٢ - كولان وكايبشان ٢ فقرة ٩١١ وقرة ٩١٩) . ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٩٣٧ دالروز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٢٤٣) عدلت الحيراً هذه قضائياً السابق ونصبت إل أن المشتري يستحق التعويضات الأخرى ولو كان سيئ النية (السيكلوبيدي دالروز ٥ لفظ vents فقرة ١٣٢٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٥٧ من المشروع النهائي . وأدخل عليه مجلس النواب تعديلاً لم يأخذ به مجلس الشيوخ ، وأبقى النص على حاله تحت رقم ٤٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٠ - ص ١٠٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد الآتية :

م ٣٨٤/٣١٠ : نزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه . يعتبر قانوناً كنزع ملكيته كله ، وكذلك ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ولم يحصل الإغلام به أو لم يكن ظاهراً وقت البيع يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنزعة ملكيته أو حق الارتفاق بحالة لو عليها المشتري لامتنع عن الشراء .

م ٣٨٥/٤١١ : ومع ذلك لا يشتري في هذه الحالة إلا بما الباع أو غمضه ، ولكن ليس له أن يملكه إلا بما الباع أو غمضه .

ويعرض النص للحالة التي لا يكون فيها استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً .

م ١١٢/٤٨٦ : إذا أثنى المشتري المبيع ، أو كان الجزء الممنوع ملكيته منه أو حتى الارتفاق على البيع ليس بحالة تجوز فسخ العقد ، جاز للمشتري أن يطلب من البائع قيمة ذلك الجزء الذي انتزعت ملكيته منه بالنسبة للقيمة المتبقية للمبيع في وقت النزاع أو تفسيرات تقديرها المحكمة في حالة ثبوت حتى الارتفاق .

(وتختلف أحكام التقنين السابق من أحكام التقنين الجديد في أنها هنا أيضاً - كما في الاستحقاق الكلي - تخطط ما بين الفسخ وبين الاستحقاق . ثم إنها في حالة استبقاء المشتري للمبيع عند الاستحقاق الجزئي تجعل التبرؤ من العقد على وجه خاص هو جزء من الثمن بمقابل قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فإذا كان المستحق حتى ارتفاق قدر التبرؤ طبقاً لقواعد العامة . والمبرة في تطبيق نصوص التقنين الجديد - كما قدمنا في الإلهامات الكلي - بتاريخ الواقعة التي اعتبرت تعرضاً للمشتري ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت نصوص التقنين السابق ، وإلا فإن نصوص التقنين الجديد هي التي تسري .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٦٦ (مطابقة لمادة ٤٤٤ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٦٩) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٢ (مطابقة لمادة ٤٤٤ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٥ : ١ - إذا استحق بعض المبيع أو كان مثلاً بتكليف لاعملمشتري به وقت العقد ، كان له أن يفسخ العقد .

٢ - وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع ، فله أن يطلب بالتبرؤ عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

(وحكم التقنين العراقي بخلاف حكم التقنين المصري في أمرين : (١) لا يميز التقنين العراقي في الاستحقاق الجزئي بين استحقاق جسم لو علم به المشتري لمسا أتم العقد واستحقاق غير جسم كما فعل التقنين المصري ، فالاستحقاق الجزئي في التقنين العراقي حكمه واحد في جميع حالاته . (٢) وهذا الزم هو الخيار بين الفسخ مع رد المبيع أو استبقاء المبيع مع التبرؤ من الضرر بسبب الاستحقاق الجزئي ، والتقنين المصري لا يفسخ البيع حتى يرد رد المبيع ، بل يبقى البيع قائماً ويكون مبيعاً في التبرؤات الكاملة المقررة في الاستحقاق الكلي - أنظر في القانون المدني العراقي حسن القانون فقرة ٦١٠ - - فقرة ٢١٤ وفقرة ٢١٦ - - الاستناد بهاس حسن الصراف فقرة ١٦٤) .

تقنين الوحيات والعقود اللبناني م ٤٣٧ : إذا لم ينزع من المشتري إلا جزء من المبيع ، وكان هذا الجزء بالنسبة إلى المصنع كبير الشأن إلى حد أن المشتري أولاً لا يجوز له الامتناع عن الشراء ، حتى له أن يفسخ العقد .

م ٤١٦ : إذا لم يفسخ البيع في حالة استبقاء جزء من المبيع ، يرد إلى المشتري قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى المصنع الشراء . مع رد المبيع والتبرؤ من الضرر .

والاستحقاق الجزئى يتحقق بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من المبيع شائع أو مفرز ، وقد يتبين أن المبيع مرهون أو مثقل بحق اختصاص أو حق امتياز (١) ، أو أن حق ارتفاق للمبيع ليس موجوداً ، ففى هذا كله يمكن القول بأنه استحق بعض المبيع . وقد يكون المبيع مثقلاً بتكليف ، كحق ارتفاق عليه ليس ظاهراً ولم يبن البائع عنه للمشتري أو حق انتفاع أو حق حكر . ففى جميع الأحوال التى يستحق فيها بعض المبيع أو يكون مثقلاً بتكليف ، يكون هنا استحقاق جزئى للمبيع .

ويميز النص فى الاستحقاق الجزئى بين فرضين (١) إذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئى قد بلغت من الجسامة قدراً لو علمه وقت البيع لما أتمه ، كما لو اشترى أرضاً لإقامة مصنع أو مدرسة أو مستشفى فاستحق جزء منها فصار الباقى غير كاف للوفاء بالفرض المطلوب (٢) . وليس من الضرورى فى هذا الفرض أن يكون المشتري غير عالم وقت البيع بالاستحقاق الجزئى ، فقد يكون عالماً به ولكنه يعتقد أن لبائع سيذره عنه ، كما إذا كان المبيع مرهوناً فى دين وأكد له البائع أنه سيقوم بوفاء هذا الدين وبشطب الرهن (٣) . (٢) إذا لم تبلغ خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئى هذا

= م ٤٣٩ : إذا كان على المبيع حقوق عينية غير طعنة لم يصرح بها، وكانت كبيرة الشأن إذ حد يمكن معه التقدير أن اشترى لو علم بها لما اشترى، حق له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الاكتفاء بأخذ العوض .

(ويختلف التقنين الثانى فى أن الخيار لمشتري فى صمان الاستحقاق الجزئى بين فسخ البيع أو استرداد قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن مع التعويضات الأخرى إن كان لما مقتض ، أما فى التقنين المصرى فالخيار بين رد المبيع وأخذ التعويضات المقررة فى الاستحقاق الكلى دون فسخ البيع وبين استبقاء المبيع وأخذ تعويضات تقدر طبقاً للقواعد العامة) .

(١) أو مثقل بضريبة تخمين ترنت على أعمال المانع العامة كان من شأنها زيادة قيمة المبيع أنسيكلوبيدى دالور • لفظ Vente فترة ١٣٥١) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٠ - ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٨ - ٩ يوليه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٨ ص ٣١ .

(٣) فإذا لم يقر البائع بوفاء الدين ، وتترتب على ذلك أن سرع الدائن المرتهن ملكية جزء من المبيع فى مبالغ الدين ، وجب فى هذه الحالة أن يتبين على لو علم المشتري بأن هذا الفرض من المبيع ستخرج ملكيته أكان يقدم على الشراء بالرغم من ذلك أو كان لا يقدم على الشراء ، كما هو ملاحظ فى النص الأول

استلزم من الجسامة المبين في الفرض الأول (١) .

فإذا كانت خسارة المشتري جسيمة بالقدر الذي بسطناه في الفرض الأول ، كان المشتري مخيراً بين رد ما بقي من المبيع بما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويضات التي يستحقها في حالة الاستحقاق الكلي ، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من الخسارة بسبب الاستحقاق الجزئي . فإذا اختار رد ما بقي من المبيع والمطالبة بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلي ، فإن ذلك يبدو طبيعياً إذ المفروض أن المشتري ما كان لينم البيع لو عرف الخسارة التي تلحقه بسبب الاستحقاق الجزئي . ولكن حتى في هذا الفرض لا يزال ضمان الاستحقاق محتفظاً بصفته الخاصة . ذلك أن القواعد العامة كانت تقضي بأن المشتري في هذا الفرض كان يطلب فسخ البيع فيرد ما بقي من المبيع ويسترد الثمن مع التعويضات إن كان لها مقتضى . ولكن ليس بقضى ببقاء البيع لا بفسخه ، ويقم التعويضات التي يستحقها المشتري على هذا البيع ، فهو بعد أن رد بقية المبيع بما أفاده منه يعتبر في حكم من استحق منه المبيع استحقاقاً كلياً ، فكان من الطبيعي أن يتقاضى من البائع كل التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي . ومن ثم يسترد المشتري من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية ، والثمار التي ردها للمشتق ، والمصروفات الناجمة والكمالية على التنصّل الذي أسلفناه ، ومصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان ، وكل ما لحقه من خسارة أو فاته من ربح على الوجه الذي يبيّنه فيما تقدم . ويبدو أن المشتري إذا كان يرد بقية المبيع وما أفاده منه إلى البائع في هذه الحالة ، فليس يرد ذلك بناء على أن عقد البيع قد فسخ ، فقد قدمنا أن البيع باق وبموجبه استحق المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي ، ولكن على أساس أن المشتري لا يستطيع أن يأخذ من البائع هذه

(١) فاستحقاق ٢١ قيراطاً في أرض مساحتها ٢١ فداناً لا يعد استحقاقاً جسيماً (استئناف مخطوط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢) . وكذلك ظهور حق حكر على الأرض المبيعة ليس من شأنه أن يمنع الشراء (استئناف مخطوط أول مارس سنة ١٩١٧ م ٣٩ ص ١٨٤) . وكذلك شراء أرض لتقسيمها وبيعها مجزأة . فاستحق جزء منها ، إذا لم يفت على المشتري غرضه (استئناف مخطوط أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٥٧) .

التعويضات إلا بعد أن يستنزل منها ما أفاده من المبيع، فوجد المشرع أن الأولى أن يأخذ المشتري التعويضات ويرد بقية المبيع وما أفاده منه، فيصل بذلك من طريق سهل إلى نفس النتيجة (١). أما إذا اختار المشتري استبقاء المبيع في يده، فإنه يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه من خسارة وعما فاتته من كسب، بشرط أن يكون ذلك متروفاً لأننا في صدد مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية، وهذا ما لم يكن الاستحقاق الجزئي قد وقع بغض من البائع أو خطأ جسيم منه فيأخذ المشتري تعويضاً حتى عن الضرر غير المتوقع (٢).

وإذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي ليست جسيمة بالفدر الذي لو علمه لما أتم البيع، لم يكن أمامه في هذه الحالة إلا أن يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الاستحقاق الجزئي (٣)، وذلك طبقاً

(١) قارن مع ذلك ما ورد بالذكرة الإيضاحية و المادة الآتية: أن إذا كان الاستحقاق غير جسيم، فليس للمشتري أن يطلب الفسخ، ولا يكون له إلا المطالبة بالتعويض طبقاً لما تقدم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١). فهذه المادة تفترض أنه إذا كان الاستحقاق جسيماً، فالذي يفعله المشتري هو منسح البيع. ولكن يبدو أن الأفضل من الناحية العملية عدم القول بفسخ البيع في حالة الاستحقاق الجسيم، وإلا لم يكن مفهوماً كيف يأخذ المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكل - وهي تفترض هنا أن البيع باق - مع القول بفسخ البيع (أنظر الأستاذ محمد حل إمام فقرة ٣٦٨ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى ص ٤٨٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨١ - ١٨٢).

(٢) وقد كان التقنين المدني السابق (م ٣١٢، ٣٨٩) يفرض، إذا استبقى المشتري المبيع في حالة الاستحقاق الجزئي، بأن يكون التعويض سر جزء من الثمن يتناسب مع نسبة الجزء من المبيع الذي انتزعت ملكيته منسوبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق، فإذا كان المشتري حق ارتفاق قدرت التعويضات طبقاً لقواعد العامة. ولم يمار التقنين المدني الجديد التقنين المدني السابق في ذلك، بل جعل تقدير التعويض طبقاً لقواعد عامة في جميع الأحوال. وتقول الذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد: «وقد تجنب المشروع أن يجعل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئي هو دائماً قيمة الجزء الذي انتزعت ملكيته بدسبة لقيمة الحقيقة للمبيع وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٣٨٩/٢١٢ من التقنين الحالي (السابق) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩١٠).

(٣) فإذا كان الاستحقاق الجزئي من شأنه أن يرد في قيمة الجزء الباقي من المبيع، كان هذا محل اعتبار في تقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب المشتري، فينقص من التعويض بقدر هذه الزيادة. وهذا بخلاف التقنين المدني السابق الذي كان يقضى برد جزء من الثمن يتناسب مع الجزء المستحق، فلا تكون الزيادة في قيمة الباقي من المبيع محل اعتبار عند تقدير التعويض (استئناف مغلط ٣٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٢٨: أرزعت ملكية جزء من المبيع لشق شوارع حفت من الباقي من المبيع، فقصى برد جزء متناسب من الثمن، أما التحسين فلم يمنع إلا من إعطاء تعويض آخر إذ لا ضرر يستحق من أحله التعويض).

القواعد العامة من النحو الذي أسلفناه فيما تقدم ، ولا يجوز في هذا الفرض للمشتري أن يرد بقيمة المبيع وما أقاده منه على أن يأخذ التعويضات المقررة من الاستحقاق الكلي ، فإن هذه الرخصة مقصورة على الفرض الأول .

٣٥٤ - رد البائع ما أداه المشتري للمعرضي - النص من القانونية -

نص المادة ٤٤٢ ، من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩١ - ص ٩٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولما كان نصاً يقرر حق استرداد ، فإنه لم يكن من الجائز الأخذ بحكمه في عهد التقنين المدني السابق . ومن ثم لا يجوز العمل بنص التقنين المدني الجديد إلا إذا كان الاتفاق الذي يبرره المشتري مع المعرض ليتوفى استحقاق المبيع - ومما سبب القانوني لاستعمال حق الاسترداد - غير سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى . التقنين المدني السوري م ١١٠ (مطابقة لمادة ٤٤٢ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧٢) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣١ (مطابقة لمادة ٤٤٢ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٤٢ : إذا أثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ، ثم اتفق مع المشتري على ترك المبيع بوضع ، يعتبر هذا شراء للمبيع من المستحق ، والمشتري أن يرجع على بائنه بالضمان . (وهذا الحكم يتعارض مع القواعد العامة المبينة في القانون المدني المصري ، ولكنه لا يقرر حق الاسترداد كما تقرره المادة ٤٤١ مصري . فحق القانون العراقي الجديد أن المستحق ثبت حقه في المبيع وحكم له به ، ثم اشتراء منه المشتري ، فيرجع المشتري في هذه الحالة على البائع بضمان الاستحسان كما دلل . أما في القانون المصري فالمفروض أن المشتري توفى أن يمكن المستحق بحقه بأن أداه له شيئاً من الباطل هذا الحق ، فيجوز له هذه الحالة للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد المشتري ما أداه ، ولا يجوز تطبيق هذا الحكم الأخير في العراق مادام لا يوجد =

وعندما يتعرض الذى يبرض له النص شامل لحالى الاستحقاق الكلى والامتياز الجزئى ، ويسر على البائع أمر ضمان الاستحقاق فى الحالتين . والمفروض هنا أن المشتري توفى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو استحقاقاً جزئياً ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك فى مقابل مبلغ من النقود أو فى مقابل شيء آخر يؤدبه له . فثبت القانون عندئذ للبائع نوباً من الاسترداد (re-ait) يستطيع بموجبه أن يكتفى نفسه نتائج الضمان ومؤونة التعريفات التى بينها فى حالى الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى ، بأن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشتري أن يشكو ، فقد استطاع أن يستبقى المبيع سالماً من الاستحقاق فى مقابل أداه للمتعرض ، فاذا استرد من البائع قيمة هذا المال ، فإنه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته ، فلم يثله أى ضرر . وهذا انصراف من الاسترداد نادر ، وليس له نظير فى التقنين المدنى إلا فى حالات ثلاث : الشفعة واسترداد الحصة الشائعة واسترداد الحق المتنازع فيه (١) .

ونرى مما قلتمناه أنه حتى يكون للبائع حق الاسترداد على النحو الذى أسلفناه يجب أن ينفق المشتري مع المتعرض على تقادى استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بأن يدفع المشتري للمتعرض مبلغاً من المال فى مقابل زول المتعرض عن ادعاء ترك المبيع فى يد المشتري سلمياً من أى استحقاق . وهذا الاتفاق يقع غالباً - رفع المتعرض دعوى الاستحقاق على المشتري ، سواء تدخل البائع فى الدعوى أم لم يتدخل . وقد يقع دون أن ترفع دعوى الاستحقاق ، بأن يتبين المشتري جدية ادعاء المتعرض فينتفى معاً على الوجه المتقدم توفياً

= نص هذا المعنى فى التقنين العراقى - قارن الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩٦ والأستاذ عباس حسن السرياف ص ٤٥٧ (١٩٧ هامش ٢) .

تقنين المورجيات والمقود البنائى م ٤٤٠ : إذ تخلص المشتري من الاستحقاق بدفعه مبلغاً من المال ، فللبائع أن يتخلص من نتائج الضمان برده ذلك المبلغ إلى المشتري مع الفوائد وجميع النفقات

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٢ .

للاستحقاق وتغادياً من رفع دعوى به وما يجوز ذلك من إجراءات ومصرفات .
والاتفاق الذي يتم بين المشتري والمتعرض يكون في الغالب صلحاً ، فيتصلحان
على أن يعطى المشتري مبلغاً من النقود في نظير أن ينزل المتعرض عن ادعائه ،
وعند ذلك يخلص المبيع للمشتري خالياً من النزاع . ولكن هذا الصلح يعتبر
بالنسبة إلى البائع استحقاقاً للمبيع ، فيجب عليه الضمان ، وإن كان يستطيع
التخلص منه - أى استرداد ما كان يجب أن يدفعه للمشتري من تعويضات بسبب
ضمان الاستحقاق - في مقابل أن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه المشتري للمتعرض
وفوائده القانونية (٤/١ في المسائل المدنية و ٥/١ في المسائل التجارية) من يوم
أن دفع المشتري المبلغ للمتعرض ، وكذلك مصروفات الصلح الذي تم بين
المشتري والمتعرض . فيتبادى البائع بذلك أن يدفع للمشتري التعويضات المقررة
في الاستحقاق الكلى أو الاستحقاق الجزئى ، وهذا هو معنى الاسترداد . وغنى
عن البيان أن البائع لا يختار استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجد أن المبلغ الذى
سيرد ، للمشتري أقل من التعويضات التى كان يدفعها له بسبب ضمان الاستحقاق ،
وبفرض أن حق المتعرض لا يستطيع البائع أن يدفعه . فالبائع إذن حر فى أن
يستعمل حق الاسترداد وفى ألا يستعمله ، وهو لا يستعمله فى حالتين : (١) إذا
كان يستطيع دفع ادعاء المتعرض ، ويعتقد أن المشتري قد تسرع فى الصلح
معه ، وقد قدمنا أنه فى هذه الحالة لا يكون مسئولا عن الضمان إذا أثبت أن
المتعرض لاحق له فى دعواه . (٢) إذا كانت التعويضات الواجبة عليه بسبب
ضمان الاستحقاق لا تزيد على المبلغ الواجب رده للمشتري بموجب استعمال
حق الاسترداد .

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المشتري والمتعرض صلحاً لا يدفع به
المشتري للمتعرض مبلغاً من النقود . فتقد يكون المستحق حق ارتفاق للمبيع
بتكره المتعرض ، فينتهى معه المشتري ، على أن يكف عن إنكاره فى نظير ترتيب
حق ارتفاق مقابل لمقتضى ارتفاق المبيع . وفى هذه الحالة لا يتخلص البائع
من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفع للمشتري قيمة حق
الاتفاق ابرء به الذى انتهى على المبيع لمقتضى التعرض والنواقض القانونية لهذه
القيمة من وقت إبراء المبيع من الارتفاق ومصرفاته والمصالح

وقد يكون الاتفاق الذى يتم بين المشتري والمتعرض وفاء بمقابل . كان يكون المبيع مرموناً فى دين ، فينقض المشتري مع الدائن المرمون على أن يدفع له مقابلاً لهذا الدين سيارة مثلاً . وفى هذه الحالة لا يتخلص البائع من التزامه بالضمان باستعمال حق الاسترداد إلا إذا دفع للمشتري قيمة هذه السيارة وقت تسليمها للدائن والفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت التسليم ومسرورات الاتفاق الذى تم بين المشتري والمتعرض (١) .

ويبدو أنه إذا تم للبائع التخلص من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد على الوجه السالف الذكر ، فإن عقد البيع الأصل يبق قائماً بينه وبين المشتري وهذا العقد هو الذى يحدد العلاقة فيما بينهما ، إلا فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فقد توفاه البائع باستعمال حق الاسترداد كما سبق القول . ويترتب على ذلك أن المشتري يعتبر متلقياً ملكية المبيع من البائع لامن المتعرض ويبقى البائع ملتزماً نحو المشتري بسائر التزامات البائع ، فلو ظهر فى المبيع مثلاً عيب حتى يرجع المشتري على البائع بضمان هذا العيب .

والمفروض فى استعمال البائع لحق الاسترداد على النحو الذى وصفناه أن يكون المشتري قد اتفق مع المتعرض ، وتوفى باتفاقه هذا استحقاق المبيع . أما إذا ترك المشتري المتعرض يسير فى دعوى الاستحقاق دون أن يبتنى معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلى مثلاً فاسترد المبيع من تحت يد المشتري ، ثم اتفق المشتري بعد

(١) ونرى من ذلك أن حق الاسترداد بالتفصيلات التى قد استأهنا قد أعطاه القانون للبائع تيسيراً عليه للتخلص من ضمان الاستحقاق . ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « أما التيسير على البائع فيتحقق فى أنه لو ظهر أن الأجسسى على حق فى دعواه ، وكان المشتري قد توفى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق عزاً يدفع له بدل المبيع صنفه من النقود أو أى شئ آخر ، صلحاً كان ذلك أو وفاء بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع فى هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما يعوضه تماماً عما دفعه للمستحق : المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه ، والفوائد القانونية وجسج المسرورات . وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الأسطة المذكورة فى القانون على حق الاسترداد : انظر مثلاً تعريض فى استرداد المصنفات كالمادة وفى استرداد التى المنصوح فيه » (مجموعة الأعمال التشريعية لسنة ١٩٣٠ - ١٩٣١ - ٩٣)

ذلك مع المستحق على ان يعبد إليه المبيع بعقد جديد ، يبيع او مقايضة أو غير ذلك ، فان ضمان الاستحقاق يكون واجباً على البائع الأصلي ، ولا يستطيع هذا أن يترقاه بأن يدفع للمشتري الثمن الذي دفعه هذا المستحق في البيع الجديد أو قيمة العبر التي قابض بها المشتري المستحق على المبيع . ف ضمان الاستحقاق يبنى في دمه البائع ، ونسرى عليه الأحكام التي سطانها فيما تقدم ، وعلاقة المشتري بالمستحق يحكمها العقد الجديد الذي تم بينهما والذي بموجبه أعاد المستحق للمشتري الشيء المبيع ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة (١) .

٣٥ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٥٥ - زيادة الضمان أو انقاصه أو إسقاطه - النصص

الفانونية : تنص المادة ٤٤٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصاه ، أو يسقطا هذا الضمان .

٢ - ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .

٣ - ويقع باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد نعد إخفاء حق الأجنبي .

وتنص المادة ٤٤٦ على ما يأتي :

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد ترقى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . أما إذا لم يترق هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق ، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهي تنفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الخيران - م ٥٠٦ - من أنه « لو أثبت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشتري إليه شيئاً وأمسك المبيع ، يكون قد اشترط المبيع من المستحق ، وله أن يرجع كل بائه بالثمن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ - أنظر المادة ٥٥٢ من التقنين المدني العراقي آنفاً في نفس الفقرة في المسألة) .

١٤ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق يُلحَق من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢٥ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم ونمت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار ، (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٧٥/٣٠١ و ٣٧٧/٣٠٣ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٥٩١ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان يدمج الفقرات الثلاث في فقرتين اثنتين . وفي لجنة المراجعة قسمت الفقرة الأولى إلى فقرتين تميز الحكيم كل منهما عن الآخر ، وأصبح النص يشتمل على فقرات ثلاث مطابقةً بذلك لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقم ٤٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٥ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٠٣ - ص ١٠٤) .

م ٤٤٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدى كان لا يشتمل في الفقرة الثانية لـ « صابة الاستحقاق » ، فأضيفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٥٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٦ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٠٥ و ص ١٠٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٧٥/٣٠١ : يجوز للبائع أن يشترط عدم ضمانه لمبيع ، إنما إذا كان هذا الاشتراط حاسماً بالفاظ عامة وصار نزاع الملكية من المشتري ، فلا يلزم البائع إلا برد الثمن دون التضييعات .

م ٣٧٦/٣٠٢ : لا تبطل لازومية البائع المشترط عدم الضمان برد الثمن إلا أثبت علم المشتري وقت البيع بالسبب الموجب لنزع الملكية أو اعترافه بأنه اشترى المبيع ساقط الخيار ولا ضمان على البائع في جميع الأحوال .

م ٣٧٧/٣٠٣ : شرط عدم الضمان باطل إذا كان سبق المدعى في استحقاق المبيع ناسئته من محل البائع .

(والأحكام واحدة في التقنينين الجديد والسابق : ولكن نصيوس التقنين الجديد أقوى وأكثر مولا لحالات الخلفاء المذكورة في المادة ٥٩٢ من المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٠٧)

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٣٤ - ٤٣٥ - وفي
التقنين المدني العراقي المادتين ٥٥٦ - ٥٧٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود
نيسن المواد ٤٣٠ - ٤٣٢ و ٤٣٩ (١) .

ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان التي قدمناها ليست من النظام
العام ، يجوز الاتفاق على تعديلها . والاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض
الصادر من الغير - كالاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع -
قد يكون اتفاقاً على زيادة هذا الضمان أو اتفاقاً على إنقاصه ، أو اتفاقاً
على إسقاطه .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤١٣ (متفقة مع المادة ٤٤٥
مصري ، فيما عدا أن النص السوري قد أغفل الفقرة الثانية من نص التقنين المصري ، فلا يكتفى إذن
في التقنين السوري أن يكون حق الارتفاق ظاهراً أو أن البائع قد أبان عنه للشئى حتى لا يفسد
البائع بل يجب اشتراط عدم الضمان) .

م ٤١٤ (مطابقة للمادة ٤٤٦ مصري) .
وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ١٧٣ - فقرة ١٨٠ .
التقنين المدني الليبي م ٤٣٤ - ٤٣٥ (مطابقتان للمادتين ٤٤٥ - ٤٤٦ مصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٥٦ (مطابقة للمادة ٤٤٥ مصري) .

م ٥٥٧ : ١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بين البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ
عن عمله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يخفى بغير ذلك . ٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من
فرض الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد الثمن فقط . (وهذا الحكم يخالف نص التقنين المصري
في أن البائع - عند الاتفاق على عدم ضمان تعرض الغير - يكون مسئولاً في التقنين المصري عن
قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وفي التقنين العراقي عن رد الثمن . ولم يرد في التقنين العراقي العبارة
الأخيرة الواردة في نص التقنين المصري) . إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب
الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار . ويبدو أنه يمكن تطبيق هذا الحكم في العراق لاتفاقه مع
القواعد العامة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٤ .
تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٣٠ : يحق للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيلوا
أو ينقصوا مفعول هذا الموجب القانوني ، كما يحق لهم أن يتفقوا على عدم إلزام البائع بضمان ما .
م ٤٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما ، يبقى ملزماً عند تمام الاستحقاق ،
برد الثمن ، إلا إذا كان المشتري قد عقد الشراء وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والخطار .
أنظر أيضاً المادة ٤٣٩ آنفاً فقرة ٣٥٣ في الهامش .

(والأحكام واحدة بين التقنين اللبناني والمصري ، إلا أن التقنين المصري أكثر تفصيلاً) .

ويجب في جميع الأحوال أن يكون الاتفاق واضحاً في أن إرادة المتبايعين قد انصرفت إلى تعديل أحكام الضمان ، فلا يساق في عبارات عامة غامضة يذكر فيها المتعاقدان أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض القانوني والفعل ، أو أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض والاستحقاق والرهن والتصرفات السابقة على البيع ، أو نحو ذلك . فمثل هذه العبارات لا تعدل شيئاً في أحكام الضمان التي سبق بسطها ، وإنما هي ترديد للقواعد العامة في هذا الشأن في وضع يريد المتعاقدان به إبراز التزام البائع بالضمان وتأكيد هذا الالتزام ولكن دون إدخال أي تعديل في أحكامه (١) . ويراعى أيضاً أن الاتفاق على إسقاط الضمان أو على إنقاصه يجب عدم التوسع في تفسيره ، فإن المشتري بهذا الاتفاق ينزل عن حق له أو بعض حق والزول عن الحق يفسر تفسيراً ضيقاً طبقاً للقواعد العامة .

٣٥٦ - الاتفاق على زيادة الضمان : هذا الاتفاق لا يقع كثيراً في

العمل ، فإن القواعد العامة في أحكام الضمان ، كما رأينا ، تضمن عادة للمشتري كل تعرض من الغير ، ونكفل له تعويضاً كافياً يزيد في كثير من الأحيان على التعويض الذي يحوله إياه دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال على النحو الذي قدمناه .

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ هامش ٤٢ - بودري وسينيا فقرة ٢٩٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١ - وقد قسمت محكمة النقض بأنه إذا لم يذكر في عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان ، فإن القانون يفرض أن المتعاقدين أرادا ما بينه في مواده . ولهذا يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين في العقد الشرط الذي ينهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون - أما اشتغال العقد على ما قرره القانون بعبارات عامة فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون . ويكون من المتعين في هذه الحالة تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليه ، لأنه في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد (نقض مدى ٣ مارس سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦) . وانظر أيضاً استئناف مصر ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٢٠ - استئناف الجزائر ١١ فبراير سنة ١٩٠٠ م ٢١ ص ٢٢٨ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٢

على أن المشتري قد يزيد في الاحتياط ، فيشترط على البائع ضمان أعمال هي في الأصل ليست داخلة في الأحكام العامة للضمان ، أو زيادة في التعويض الذي يستحقه بموجب هذه الأحكام . مثل ضمان أعمال ليست داخلة في الأصل في الأحكام العامة للضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يرجع عليه بالضمان إذا تراء ملكية المبيع بعد البيع للمنفعة العامة (١) ، فزاع الملكية للمنفعة العامة بعد البيع لا يدخل في الأعمال التي يضمنها البائع طبقاً للأحكام العامة في الضمان ، أراد المشتري ضمان البائع بهذا الاتفاق . وقد لا يزيد المشتري في الأعمال التي يضمنها البائع ، ولكنه يعدل في شروطها بما تترتب عليه زيادة الضمان ، كأن يشترط الرجوع بجميع المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية ، والأصل أنه لا يرجع بالمصروفات الكمالية إلا إذا كان البائع سيئ النية (٢) . ومثل التعديل في الشروط أيضاً أن يحتفظ المشتري لنفسه بالحق ، عند الاستحقاق الجزئي ، في رد البيع وأخذ تعويضات كاملة ولو كان الاستحقاق الجزئي غير جسيم ، والأصل ما رأينا أنه لا يجوز ذلك إلا إذا كان الاستحقاق الجزئي جسيماً بالقدر الذي لو علم به المشتري لما أتم البيع . ومثل التعديل في الشروط أخيراً أن يشترط المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ولو قبل وقوع التعرض فعلاً متى علم المشتري بسبب الاستحقاق ، والأصل كما قدمنا أن ضمان الاستحقاق لا يقوم إلا إذا وقع التعرض فعلاً (٣) . ومثل زيادة انصاف عن طريق زيادة التعويض أن يشترط المشتري ، عند استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً ، استرداد أعلى القيمتين قيمة المبيع وقت الاستحقاق أو الثمن ، والأصل كما قدمنا أنه لا يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ولو نقصت هذه القيمة عن الثمن .

(١) يبدان ١١ فقرة ٢٢٦ - ويحسن أن نحدد المدة التي إذا تراء ملكية المبيع للمنفعة العامة في خلالها وجب الضمان ، وذلك حتى يكون الضمان محدداً فيسهل إعماله (بودوي وسبينا فقرة ٢٩٩) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٠٦ .

(٣) أسيكلوبيدى دالوز ، لفظ vente فقرة ١٢٢٠ .

٣٤٧ - الوقفان على الخاص الخصامه : وهذا الاتفاق ، بخلاف

الاتفاق على زيادة الثمن ، يقع كثيراً في العمل . ويتناول هو أيضاً إما الأعمال المروجة للثمن فيقال منها (١) ، أو مقدار التعويض المستحق فيشخص منه . على التقليل من الأعمال المروجة للثمن أن يشترط البائع على المشتري عدم ضمانه لما عسى أن يظهر على المبيع من حقوق ارتفاق غفية لا يعلم بها البائع ، أو عدم ضمان حقوق ارتفاق للمبيع إذا ظهر فيها بعد أنها غير موجودة ، أو عدم ضمان استحقاق المبيع في حالة ما إذا كان هذا الاستحقاق مترتباً على إبطال سند ملكية البائع لعيب معين فيه . ومثل لإقصاء مقدار التعويض أن يشترط البائع على المشتري ، عند الاستحقاق الكلي ، ألا يرجع عليه إلا بالثمن ولو نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق (٢) ، أو ألا يرجع عليه بالمصروفات أصلاً ولو كانت نافعة ولم يسترد ما المشتري من المستحق كاملة ، أو ألا يرجع عليه بتعويض أصلاً فلا يسترد إلا الثمن أو لا يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

وتقول الفقرة الثانية من المادة (٤٤) مدني كما رأينا : « ويقع بإطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي » ، فإذا كان البائع ، وهو بشرط إنقاص الضمان في خصوص حق معين قد يظهر للأجنبي على العين المبيعة ، يعلم بوجود هذا الحق فعلا وقت البيع ويكتمه عن المشتري ، فإنه يكون بذلك قد ارتكب غشاً واشتراط عدم مسؤوليته عنه ، ولا يجوز أيضاً للقواعد العامة انه تراول عدم المسؤولية عن الغش معني أو كانت المسؤولية محدودة ، فالنقص المتقدم إذن ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ويمكن الاستغناء على إنقاص الضمان بإطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي .

على أنه لا بد من علم البائع بحق الأجنبي وقت البيع حتى يطمأن أنه استضاء
بمبدأ من المشتري ثم اختبره على عدم الضمان. فذلك يكون البائع عالماً بحق الأجنبي حين

[illegible]

...and the ...

أن يخفيه عن المشتري ، بأن يكون المشتري نفسه عالماً بهذا الحق كالبائع ، ورضى
بإشراط البائع عدم ضمان هذا الحق ، ففي هذه الحالة لا يكون الشرط باطلاً
لأن البائع لم يخف عن المشتري شيئاً . بل قد يكون المشتري غير عالم بحق الأجنبي ،
ولكن البائع لا يعتبر مع ذلك قد كتم عنه هذا الحق إذا كان يعتقد أن المشتري
عالم به عندما اشترط عدم ضمانه لإياه . فلا يكون البائع في هذه الحالة أيضاً قد
تعمد إخفاء حق الأجنبي عن المشتري حتى يبطل شرط عدم الضمان ، ويكون
الشرط صحيحاً . أما إذا كان البائع يعلم بحق الأجنبي ، ويعلم في الوقت ذاته أن
المشتري لا يعلم بهذا الحق ، ثم اشترط البائع عدم ضمانه للحق دون أن يخبر
المشتري بوجوده ، فإنه يكون في هذه الحالة قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ،
ويكون شرط عدم الضمان باطلاً ، وبضمن البائع للمشتري الاستحقاق الناشئ
من ظهور حق الأجنبي بالرغم من هذا الشرط .

وبلاحظ أنه إذا كافى كل من البائع والمشتري عالين بحق الأجنبي وقت
البيع ، لم يكن هذا وحده كافياً للقول بأن هناك شرطاً ضمناً بعد ضمان البائع
لهذا الحق ، فقد يكون الاثنان عالين به ومع ذلك أمل المشتري أن يدفع البائع
عنه تعرض الأجنبي بوسيلة أو بأخرى عن طريق حمل الأجنبي على النزول عن
حقه . فإذا لم يتحقق أمل المشتري في هذه الحالة ، ولم يستطع البائع أن يدفع
تعرض الأجنبي ، فاستحق المبيع كله أو بعضه ، رجع المشتري بضمان الاستحقاق
على البائع بالرغم من أن كلا منهما كان عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق .
وليس هذا معناه أنه لا يجوز أن يكون الاتفاق على إنقاص الضمان اتفاقاً ضمناً ،
فالانفاق الضمني يجوز كالانفاق الصريح ، وقد يكون علم كل من البائع والمشتري
بسبب الاستحقاق وقت البيع اتفاقاً ضمناً على عدم ضمان هذا السبب ، ولكن
يشترط في ذلك أن يقترن هذا العلم بملاحظات وظروف تكون قاطعة في مستخلاص
شرط عدم الضمان ، كأن يراعى وجود حق الأجنبي في تقدير الثمن أو في شروط
البيع الأخرى (١) .

(١) بلائيوا، ميريير ومادل ١٠ ، فقرة ١٢٢ من ١٢١ . وقد يشترط الضمان في العقد
بكون الضمانان المبرر في الاتفاقية بموجب الاستحقاق ، ففي هذه الحالة يدل شرط الضمان =

والاتفاق على إنقاص الضمان ، بخلاف الاتفاق على إسقاط الضمان كما سنرى .
 يبقى صحيحاً حتى لو كان سبب الاستحقاق آتياً من جهة البائع فيجوز لبائع أن
 يشترط عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من رهن هو الذى رتبته على المبيع قبل
 البيع ، أو عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من إبطال سند ملكيته للمبيع لسبب
 هو مسئول عنه (١) . ولكن يبطل هذا الاتفاق إذا كان سبب الاستحقاق راجعاً
 إلى غش البائع ، إذ لا يجوز للبائع اشتراط عدم مسئوليته عن غشه . فلا يجوز
 أن يشترط البائع عدم الضمان للاستحقاق الناشئ من بيعه المبيع مرة أخرى
 لمشتري ثان يتقدم على الأول بسبقه إلى التسجيل فى العقار أو إلى الحيازة
 فى المنقول (٢) .

٣٥٨ - خصوصية فى مفروض الاستحقاق : وكان مفتضى القواعد
 التى قررناها أن البائع إذا أراد إسقاط ضمانه فى اتفاق على المبيع ، وجب أن
 يشترط عدم الضمان ولا يكفى أن يكون المشتري عالماً بوجود هذا الحق هل

= وفى المقدم - هو أصلاً لا حاجة إليه - هل أن المرص به هو تأمين المشتري من الخطر الذى
 يهدده تأميناً لا يكون إلا بالتزام البائع عند الاستحقاق - بضمانات علاوة عن رهنه (نفس
 مدى أول فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٢٨١) . وقد بينت أن
 المشتري كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاصق بسند البائع ، وأنه أقدم على الشراء مجارفاً وتحت
 مسئولية ، فلا يكون له الحق فى طلب التضمنات ، ولكن يحق له استرداد الثمن إذا بدأ المشتري
 ساقط الخيار (نقض مدى ٢١ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٥ ص ٤٣٧ -
 وأنظر أيضاً استئناف مختلط ١٦ مارس ١٨٩٩ - ١١ ص ١٦٢ - ١٠ يونيو
 سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٨) ونقض محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المشتري عالماً
 بسبب الاستحقاق وقدر المبلغ الذى يسترده بمبلغ معين ، فلا يحق له استرداد هذا المبلغ فى حالة
 الاستحقاق (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٠٧ م ٥ ص ٢٧١) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٤ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٣ ص ١٣٣ .
 (٢) أوبرى ورو ، فقرة ٣٥٥ عاش ٤٥ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١ .
 أما اشتراط إسقاط الضمان أصلاً - لا مجرد إنقاصه - عن التعمير الصادر من البائع نفسه ،
 فقد رأينا أنه غير حائز ، ولو كان الضمان غير ناشئ من بيع البائع بل من عمله فقط (بودرى
 . سينيا فقرة ٤٠٤) .

المبيع . ولكن الفقرة الثانية من المادة ١٤٥ مدني أفردت حقوق الارتفاق (١) بحكم خاص بها في هذا الشأن ، فنصت كما رأينا على ما يأتي : « ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً . أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » (٢) فيمكن إذن أن يكون المشتري عالماً بحق التفارق قائم على المبيع ، ويكون علمه من طريق معين ، حتى يكون هذا العلم بمثابة اشتراط البائع لعدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان . ونرى من ذلك أن حقوق الارتفاق تفارق غيرها من الحقوق في هذه الخصوصية من حيث الضمان ، ففي حقوق الارتفاق يكون البائع غير ضامن إما باشتراطه عدم الضمان (٣) وإما بأن يثبت أن المشتري

(١) ويضيف القانون المدني الفرنسي إلى حقوق الارتفاق التكاليف كحق الانتفاع وحق السكنى وكل حق من شأنه أن يقتضي الانتفاع بالعين وإنما يعرفها بظهور نوع الملكية (بودييه بنيا فقرة ٢٨٨ - بلانك وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨) . ولا يجوز في القانون المصري التوسع ، فقد أصدر النسخ الاستثناء على حق الارتفاق ، فلا يلحق به في الحكم أي تكليف آخر كحق الانتفاع أو حق السكنى (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٠ ص ٢٤٥ - ص ٢٥٦ - يحكم ذلك الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٢٠٠) .

(٢) وتحميل هذه الخصوصية طابع التقاليد القديمة في حقوق الارتفاق ، عندما كان القانون الرسمى يميل إلى جعل البائع لا يضمن حقوق الارتفاق لأن التنظيم الاقتصادي للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشتري يتوقع دائماً أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق . ولم تقتل هذه التقاليد تماماً ، بل ركزت أثرها في جعل حق الارتفاق الظاهر أو الذي أعلنه البائع المأثور لا يضمنه البائع (أنظر آنفاً فقرة ٢٢٥)

(٣) وإذا اشترط البائع إسقاط الضمان ابتداءً ، وكانت هناك حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها المشتري وقت البيع ، فإن البائع يبقى ملتزماً بضمان ما كان منها ناشئاً عن فعله ، إلا إذا أبان عنه للمشتري . أما إذا أضافها منه ، وكذلك إذا كان يعلم بحقوق ارتفاق غير ناشئة عن فعله . حقاً عن المشتري (م ١/١٤ مدني) ، فإن الارتفاق على إسقاط الضمان يكون باطلاً (بودييه وبنيان فقرة ٤١٢) . فلا يبقى إذن إلا حالة واحدة إذا كان البائع لا يعلم بحق ارتفاق من المبيع وكان لا يعلمه المشتري وقت البيع ، فإن اشتراط إسقاط الضمان في هذه الحالة يعني التبرع من المبيع بضمانه ، ولكن لا يرضيه من وجهه . فنقص من قوة البيع وقوة الاستثناء بسبب وجود حق الارتفاق

إذا إذا اشترط المالك عدم ضمان حقوق الارتفاق الفقرة فهذا شرط لا يفي بمتطلبات الضمان لا في الاستثناء . ومن ثم يصح أن يصل إلى عدم الضمان من غير إسقاط الضمان . ذلك أن البائع ، إذا كان يعلم بحقوق الارتفاق الخفية من المبيع ، فإن اشتراط عدم الضمان في هذه الحالة يعني التبرع من المبيع بضمانه ، ولكن لا يرضيه من وجهه . فنقص من قوة البيع وقوة الاستثناء بسبب وجود حق الارتفاق

قد علم بحق الارتفاق لأنه ظاهر أو أبان عنه البائع ، أما في الحقوق الأخرى فان البائع يكون غير ضامن باشتراطه عدم الضمان ولا يمكن إثبات علم المشتري بها عن اى طريق (١) .

== فإنه لا يضمن حقوق ارتفاق لا يملكها هو ، سواء طلبها المشتري أو لم يملكها . فلا يضمن إذن حق ارتفاق يجهله هو والمشتري ، ويعنى في هذه الحالة حتى من التخصيصات ، وهو لا يضمن من التخصيصات في حالة اشتراط إسقاط الضمان (قارب كولان وكايبان ٢ فقرة ١١٨) .

(١) ويلاحظ أن قيود الملكية - كحقوق الشرب والمجرى والمسيل والمرور - ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، فهذه يقررها القانون والمشتري يعرفها أو ينبغي أن يعرفها . فلا يلزم البائع ضمانها للمشتري ، سواء كانت ظاهرة أو غير ظاهرة ، وسواء أثبت البائع أن المشتري يعرفها أو لم يثبت ، وحتى لو ضمن البائع غلو المبيع من حقوق الارتفاق (استئناف مخطط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧ - بودري وسينيا فقرة ٣٨٧ - دي باج ٤ فقرة ٢٩ - بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٥٣٧ - كولان وكايبان ٢ فقرة ٩٠١ ص ٦٠٤ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زك رقم ٣٥٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ - الأستاذ شحيد على إمام ص ٣٤٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٠٢) ولكنه لا يعتبر هذه الحقوق قيوداً بل ارتفاقات لأنها لا تنشأ إلا إذا طلبها من يريد تقييدها .

والمعقود الناشئة من خط التنظيم تعتبر هي أيضاً قيوداً على الملكية لا يضمنها البائع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع لا يضمن ظهور حقوق ارتفاق طبيعية أو قانونية كحق الارتفاق النشئ من خط التنظيم ، فهذه الحقوق ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق ، بل هي قيود قانونية المفروض أن المشتري يعرفها (استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٤٤ ص ٣٧ . وانظر أيضاً استئناف مخطط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - بودري وسينيا ص ٣٤٢ هامش رقم ٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا اشترى شخص عيناً قد صدر مرسوم بترخيص ملكيتها من قبل شرائه أو مرسوم بتعديل خط التنظيم قبل الشراء بحيث يدخل بعضها في الشارع ، فليس له أن يدعى بأن ذلك من حقوق الارتفاق الموحدة انسخ عند الشراء (استئناف مصر ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩) . لكن إذا تعدد البائع إخفاء خط التنظيم عن المشتري ليحصل على ثمن أعلى ، فإنه يكون قد غش المشتري ، ويرجع إذا بدعوى التاليف (استئناف مخطط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٤٤ ص ٣٧ وهو الحكم السابق الذكر) .

ومع ذلك فقد قضت أخيراً محكمة مصر الكلية بأن وقوع العقار المبيع في خط التنظيم بعد بيعاً خفياً في حكم المادة ١٧٧ مدني ، لأنه ينقص من قيمة المبيع ونفعه بحسب الغاية التي تستخلصها المحكمة من وقائع الدعوى والعرف الجاري وما يستفاد مما عومين بالمعد وطبيعة العقار المبيع ونسب من الذي أعد له وهواسته له والانتفاع به بطرق الانتفاع كافة . وليس في استطاعة المشتري إذا فحص المبيع وقت الشراء بعناية الرجل المعتاد أن يبين أن العقار المبيع داخل خط التنظيم ، لأن العيب لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته ، كما أنه لا يمكن مجرد نشر مرسوم خط التنظيم بالبريدة الرسمية لدلالة على علم المشتري أو استطاعته هذا العلم . والمادة ٤٤ مدني تنص على ضمان البائع =

ولم يكن علم المشتري بحق الارتفاق كافياً لإسقاط ضمان البائع ، يجب كما قلنا أن يكون المشتري قد حصل علمه عن أحد طريقين : (أولاً) من كون حقوق الارتفاق على البيع ظاهراً ، فيستطيع المشتري وقت البيع وهو يعاين البيع أن يرى معالم حق الارتفاق ظاهرة أمامه ، أو كان يستطيع أن يراها ظاهرة ، فمكبرته دليل على رضائه بعدم ضمان البائع (١) . وبمخلص من ذلك أن مجرد ظهور حق الارتفاق بكنى لإسقاط الضمان ، علم المشتري فعلاً بحق الارتفاق أو لم يعلم . (ثانياً) إذا لم يكن حق الارتفاق ظاهراً ، فيمكن أن يعلم البائع بالمشتري بوجود هذا الحق (٢) . وليس هذا الإعلام معناه اشتراط عدم الضمان بل هو مجرد إعلام بوجود الحق ، فيصبح المشتري عالماً به ، وسكونه في هذه

= إذا وجد البيع مثلاً بتكليف (charge) وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت قدراً لم يملكه لما أمم المند . ومباراة «تكليف» تشمل بمصونها كافة حقوق الانتفاع اتفاقية كانت أو قانونية ، كما أنها تمتد إلى التبريد القانونية التي تمتد من نطاق حق الملكية والمعارف الداخل في خط التنظيم يكون مثلاً بتكليف لصحة النفع العام وينطبق عليه حكم المادة ١١٤ (مصر الكلية ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٥ المحاماة ٣٦ رقم ٤٤٨ من ٩١٦) .

(١) استئناف مخطوط ، عارس سنة ١٨٩٩ م ١٤ من ١٥٣ - لكن إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ومع ذلك تضمن البائع أنه غير موجود أو أن المبيع خال من حقوق الارتفاق ، لزمه الضمان (برودي رينينا غقرة ٢٨٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي من ٢٤٤ - الأستاذ جميل الشرفاوي من ٢٦٤ هامش ١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور غقرة ١٨٤) ، وإذا كان لم يبيع حق ارتفاق ظاهر ، فإن البائع بضمانه أن لم يغدر بالذكري في عقد البيع . فإذا ثبت أن هذا الحق غير موجود يجب أن لا أن المشتري إلى وجود الظاهر ، جازر لمشتري الرجوع إلى البائع بالضمان (برودي رينينا غقرة ٣٩٠ - من ٣٩١ - باج ٤ غقرة ١٣٩ - الأستاذ أنور سلطان غقرة ٢٥٩ - الأستاذ محمد علي إمام غقرة ٢٤٦ - الأستاذ عبد المنعم الزمراني غقرة ٣٥٠ - استئناف مخطوط ٢١ مارس سنة ١٩١٦ م ٣١ من ٢٩٤ - ٩ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٤٢ من ٢٢٨ - وانظر ملاحظاتي على المسألة مع تجميع هذا الرأي أنسيكاويدي ، المجلد ٤ لفظ vente غقرة ١٢٠٣) . هذه هي الاستئنافات المحذرة بأنه إذا تضمن البائع بمال المبيع من أي حق ارتفاق ، فليجوز ارتفاق من علم المبيع بوعده بالضمان إذا كان المشتري قد علم ذلك أنه يريد على جميل الشرفاوي (٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٢٤٩) .

(٢) يجب أن يعلم بوجود حق الارتفاق بالذات ، ولا يمكن التعميم والقول بأنه باع المبيع على ما به من حقوق الارتفاق أو نحو ذلك (بلازول وديير وماندل ٤٠ غقرة ٤٠٢ من ٤٠٩ - من علم ١) - بل لا بد من شكل تعلم الالتزام ، فموسع أنه يكون شرطاً ، ولكن لا يمنع من أن علم المشتري بوجود حق الارتفاق .

الحالة رضاء ضمنى باسقاط ضمان البائع (١) . ويبدو من صياغة نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني السالف ذكره (٢) أن المشتري يجب أن يحصل علمه من أحد هذين الطريقين أو من كليهما (٣) ، فلا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون المشتري عالماً بحق الارتفاق من طريق آخر غير هذين ، كأن يعلمه بحق الارتفاق شخص غير البائع أو نائبه ، أو يكون عالماً به من قبل دون أن يخبره به أحد . ذلك أن عم المشتري بحق الارتفاق الذي يترتب عليه إسقاط ضمان البائع يجب أن يكون علماً بنطوى فيه معنى إسقاط الضمان . فكون حق الارتفاق ظاهراً كاف في جعل البائع يعتقد أن المشتري يعلم بحق الارتفاق وبرضى فيه باسقاط الضمان . وكون البائع نفسه هو الذي تولى إعلام المشتري به كاف هو أيضاً في افتراض أن هذا الإعلام بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان . أما علم المشتري بحق الارتفاق من طريق آخر ، فلا يتواءم فيه هذا المعنى . ويترتب على ذلك أن حق الارتفاق إذا كان مسجلاً ، ولكنه لم يكن ظاهراً ولم

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد « وإعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من التامع بعدم ضمانه لما أحسن مقررنا يعلم المشتري بسبب الاستحقاق فلا ترفع المشتري شيء على البائع . ويقوم مقام إعلام التامع للمشتري بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشتري » (مجموعة الأعمال بتعديريه ٤ ص ١٠٠) . ويلاحظ أن البارات المتقدمة تحس بإعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق يقوم مقام مبرر ، شرط عدم الضمان وعلم المشتري بسبب الاستحقاق ، كما هو كذا الاتفاق على إقصاء إقصاء مقتضى الأمرين معاً . والصحيح أن الذي يقتضى الأمرين معاً هو الاتفاق على إقصاء إقصاء لا على مجرد إقصاء ، وظاهر أن عدم ضمان حق ارتفاق معين هو اتفاق على إقصاء الضمان لا على إسقاطه .

(٢) وهي تختلف عن صياغة المادة ١٦٣٨ مدني فرنسي المقابلة ، ومن ثم جاز في القانون المدني الفرنسي -- وهو أقرب إلى تقاليد القانون الرومان السالف الذكر -- أن يحصل المشتري علمه بحق الارتفاق من أي طريق آخر (بودوي وسينيا مرة ٣٨٦ ص ٣٩٦ - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٢ ص ١٠٩ - بلانيرول وريبير وبولانييه ٢ فقرة ٣٨٩ ص ٢) . فان دى باج ٤ فقرة ١٤٣ .

(٣) أنظر من هذا الرأي الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٥٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٧ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٣٠٤ (مع تحفظ في أن العلم بحق الارتفاق يحرم من التعويضات) . وأنظر عكس ذلك : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ ص ٢٥٩ و ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٣٦ هامش رقم ٢ .

(٤٤٠ - البسيط ج ٤)

يعلم به البائع المشتري ، فإن مجرد تسليمه لا يستخلص منه علم المشتري به العلم
الواجب لإسقاط ضمان البائع ، فالتم بشرط البائع عدم ضمانه لحق ارتفاق مسجل
لزمه الضمان (١) .

٣٩٥ - **الارتفاق على إسقاط الضمان** : وقد يصل البائع إلى حد أن
يشترط على المشتري إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً (٢) ، فلا يكون البائع

(١) الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٤١ ص ٢٩٢ - الأستاذ محمد علي إمام ص ٣٤٥ -
الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٥٤ - ص ٢٥٤ - الأستاذ بوميل الشراوي ص ٢٣٦
هامش ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فترة ٣٠٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور
ص ١٨٦ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي
فترة ٣٥٩ ص ٢٥٨ - ومع ذلك إذا وجد شرط في البيع يقضي باحترام المشتري لحقوق
الارتفاق الخفية ، دخل ضمن هذه الحقوق حق ارتفاق مسجل ولو لم يعلم به المشتري . وقد
قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدين المزروع ملكيته قد رتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة
عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار المخدم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ،
وفضلاً عن ذلك تضمنت قائمة شروط البيع النص على التزام الراعي عليه المازاد احترام حقوق
الارتفاق الظاهرة والخفية ، فإن تمخض هذا الأخير بحسن نية وادعاء عدم علمه بوجود هذا الحق
يكون غير مستحق (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٦
ص ٩٦٩) .

وفي القانون الفرنسي ، الذي هو أقرب إلى تقاليد القانون الروماني كما قلنا ، يلعب أكثر
الفقهاء إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق لا يستخلص منه علم المشتري به ولا يسقط حقه
في الرجوع بالضمان : نوزان ٢٤ فترة ٢٦٩ - جيران ١ فترة ٤١٠ - أوبري ورو
فترة ٣٢٢ هامش ٥٢ - بردي وسيبيا فترة ٣٨٦ ص ٢٩٦ - بلانيول وديجير وبولانجي
فترة ٢٤٣٩ - جوسران ٣ فترة ١١٠٩ . وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض الفرنسية
(٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٠ دالوز الانتقادي ١٩٤١ - ١٠٧) ، ولكن يذهب بعض الفقهاء
إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق يفرض علم المشتري ويسقط حقه في الضمان (بلانيول
وديجير وهامل ١٠ فترة ٦٠١ - كولان وكابريان ٢ فترة ٩٠١) . ويقول بعض آخر إنه
مع التسليم بذلك بأن حق الارتفاق المسجل يمنع المالك من المشتري ولو لم يعلم به فعلاً ، فإنه
يجب استثناء ما بين من هذه القاعدة : (١) حقوق الارتفاق الناشئة من تخصيص رتب الأسرة ،
فإن لا التزام . (٢) حق الارتفاق لم يسجل إلا بعد البيع وإن كان قد سجل قبل تسجيل البيع ،
فإنه لا يكون معلوماً من المشتري ومع ذلك يكون نافذاً في حقه فيضمنه البائع بالرغم من تسجيله
(بيان ١١ فترة ١٩٨) .

(٢) ويشترط إسقاط ضمان التعرض المصاير من الغير أن يشترط البائع أنه غير مسئول
إلا من المصاير المصاير من المالك (بلانيول وديجير وهامل ١٠ فترة ١٣٢) .

مسئولاً إذا استحق المبيع كله أو بعضه . وقد رأينا (١) أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان (٢) على هذا النحو ، فإنه يبقى مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١/٤٤٦ مدنى) ولكن هل يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع نفسه ؟ .

تجيب الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدنى على هذا السؤال ، أولاً ، بأن هذا الاتفاق يكون باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبى يعلم أنه موجود وقت البيع . فإذا كان البائع يعلم مثلاً أن المبيع عليه حق لمرتفاق خفى لعقار مجاور ، فيكتمه عمداً عن المشتري ، ثم يشترط إسقاط الضمان إطلاقاً دون أن يذكر سبباً معيناً للاستحقاق ، ثم يتبين بعد البيع أن المبيع عليه حق ارتفاق م يعلمه للمشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان وعلمه البائع بل هو قد أخفاه عمداً عن المشتري ، فإن البائع يضمن للمشتري الاستحقاق الناشئ من ظهور هذا الحق رغم اشتراط البائع إسقاط الضمان .

وتجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدنى على هذا السؤال ، ثانياً ، بأنه إذا اشترط البائع إسقاط الضمان واستحق المبيع دون أن يتعمد البائع إخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري ، فإن البائع يبقى مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (٣) بالرغم من شرط إسقاط الضمان . فيكون هذا الشرط بمجرد ، لا يعفى البائع إلا من المسئولية عن التوحيش ، أما المسئولية عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق فتبقى دون أن يؤثر فيها هذا الشرط (٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٦ .

(٢) المراد بعدم الضمان هنا هو إسقاط الضمان . وهذا بخلاف عبارة « عدم الضمان » الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى ، فإن المراد بها إنقاص الضمان لا إسقاطه (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ هامش ١) .

(٣) ولم تذكر المادة ٢/٤٤٦ مدنى الفوائد القانونية من وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٤٣٣ مدنى ، ويبدو أن الفوائد تدخل في التحويزات تأفلها النص محمداً (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر ص ١٩٤ هامش ١) .

(٤) استئناف وطنى ٣ فبراير سنة ١٩١٤ كثراتيم ٢ رقم ١٩١٢ - س ١٨٠ - وإذا كان الاستحقاق جزئياً ، ولم يكن جسيماً أو كان جسيماً ولكن الشئى اختار استيفاء المبيع ، =

ونجيب العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدنى على هذا السؤال ، ثالثاً ، بأنه إذا أراد البائع - الذى لم يتعمد بطبيعة الحال إخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري - إعفاء نفسه ، لا فحسب عن التعويض ، بل أيضاً من قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، فلا يكتفى أن يشترط إسقاط الضمان ، بل يجب أيضاً أن يثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق (١) ، أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أى علماً بأن البيع احتالى وقد أقدم عليه مخاطراً (٢) . ففى هاتين الحالتين - حالة شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وحالة شرط إسقاط الضمان مع قبول المشتري البيع ساقط الخيار - يكون من الواضح أن البيع عقد احتالى أقدم عليه المشتري محتملاً خطره ، وقد روعى ذلك بطبيعة الحال فى تقدير ثمن المبيع . وعند ذلك إذا استحق المبيع ، لم يكن البائع مسئولاً نحو المشتري عن شئ (٣) . ولا يشترط فى إعفاء البائع من الضمان على هذا النحو

= فلا يسترد المشتري قيمة البيع وقت الاستحقاق ، بل يسترد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب هذا الاستحقاق الجزئى (الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٦٧ هامش ١) .

(١) استئناف وطنى ١٧ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧٩ ص ١٥٥ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ - ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦٦ ص ١٠٨ - استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ٢/٣٠٠ ص ٤٢٨ - استئناف مخطوط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١١٣ - ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٢٢٠ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٤ - ٢٥ يوفية سنة ١٩٣٥ م ٧ ص ٣٩١ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٩٠ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٢٠ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٤١ ص ١٤ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ م ٤١ ص ٢٠٧ .

ويستوى أن يكون البائع نفسه عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق أو غير عالم بذلك (بودرى وسينيا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧) .

(٢) استئناف وطنى ١٢ مارس سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٩١ ص ١٦٧ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا المعنى : « ويكون البائع غير مسئول عن رد ثمنه ما إذا صعب شرط عدم الضمان أحد أمرين : علم المشتري بسبب الاستحقاق أو سرازه ساقط الخيار ، لأن البيع فى هذه الحالة يكون مفقداً احتالياً » (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٠٦) - وقد كان هذا هو الحكم فى عهد التقنين الذى السابق : استئناف مخطوط ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٤ ص ١٤٩ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٨ ص ٢٤٤ - مايو =

الضمان لمخاطبة ، أو أن يكون شرط إسقاط الضمان ملتبساً بعبارة أن المشتري قد اشترى مياقظ الخيار ، بل يكفي في ذلك أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحاً فيه أن المقصود به هو جعل البيع عقداً احتمالياً . وأما في حالة استحقاق البيع لا يكون البائع مسؤولاً عن شيء . فيجوز أن يصاح شرط عدم الضمان بما يفيد هذا المعنى دون أن يذكر أن المشتري قد اشترى مياقظ الخيار ، كما يذكر المشتري أنه لا يرجع حتى بقيمة البيع ، أو يذكر مياقظ أنه لا يريد شيئاً من الخيار أو نحو ذلك . بل يجوز أن يكفي المتبايعان بذكر أن المشتري قد اشترى مياقظ الخيار ، دون أن يذكر شرط إسقاط الضمان (١) . ذلك أن شراء المشتري مياقظ الخيار يفترض حينها شرط إسقاط الضمان ، أما شرط إسقاط الضمان فلا يفترض حيناً أن المشتري قد اشترى مياقظ الخيار (١) .

= سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢١٦ - ١٧ يونيو سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٥٧ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٢ ص ٣٤٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف بأن من حق المشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يدعى البائع حصلاً في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الأجنبي حتى يتعاون معه في دفع الدعوى ، فإذا حكم القضاء بالرد عن ذلك لم يكن للمشتري أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع (١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٢) . ويجب على كل حال ، في حالتنا شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وشرط قبول المشتري الشراء . مياقظ الخيار ، أن يكون البائع حسن النية ، أي يكون قد أطلق المشتري على كل سبب يعلمه بمحتمل أن يكون مصداقاً للاستحقاق (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ٢٦ ص ٢٧٨ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٣) .

(١) بودري وسيبيا لقطة ٤٠٩ ص ٤١٧ - الأستاذ مقرر مصطفى منصور ص ١٩٠ - قارن الأستاذ أنور سلطان لقطة ٢٦٤ .

(٢) ولا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون المشتري مالئاً بسبب الاستحقاق وقت ترويج ، دون أن يكون هناك شرط بعدم الضمان (بودري وسيبيا لقطة ٤٠٩ ص ٤١٧ - ص ٤١٨) . هذا وقد نصت المادة ٩٠ من المراسم على أن : كل شرط في ثلاثة شروط : بيع ، شراء ، ضمان الاستحقاق . أما بأن يكون المشتري مياقظ الخيار لا يقتضي عليه إلا إلقاء من "مياقظ" لا من رد الثمن . وهذا المصطلح يشارق الأحكام التي قد تطلق على صاحبها : (١) شرط عدم الضمان الاستحقاق وحده لا يميز من رد الثمن ، وإنما يقتضي من سببه البيع وثبت الاستحقاق . (ثانياً) شراء المشتري : كل الخيار كان من الواجب أن يميز أن يميز من الاستحقاق . أما أن نفس المراسم لم يندرج بيع الموهبة تحت الضمان ، ولكنه يميز بين البيع والاستحقاق . مع أن المادة ٣٢٨ (لقطة ٣٢٨) ، بأن الحكم بالرد في الخيار الموهبة ، في "البيان" والبيع الموهبة ، بأن "البيان" لا يميز بين البيع والاستحقاق .

المبحث الرابع

ضمان العيوب الخفية

وفوات الوصف

٣٦٠ - **فصوصية صيانة العيوب الخفية :** وضمان العيوب الخفية ،

كضمان التعرض والامتحاق ، يتميز بنقومات ذاتية وخصوصية تجعله ليس تطبيقاً محضاً للقواعد العامة . فقد كان من الممكن الاستغناء عن كثير مما ورد من النصوص المتعلقة بهذا الضمان والاكتفاء بتطبيق القواعد العامة إذا ظهر عيب خفي مؤثر في المبيع كان موجوداً وقت البيع ولم يكن المشتري عالماً به . فيقال عندئذ إن البائع لم يحم بتنفيذ التزاماته ، فمن المفروض أن البائع قد التزم بأن ينقل إلى المشتري لا ملكية المبيع فحسب ، بل أيضاً حيازة مفيدة تستجيب للغرض الذي أعد له المبيع . فظهور عيب خفي مؤثر في المبيع ، من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للغرض الذي أعد له ، يكون إخلالاً بالتزام البائع ، ومن ثم يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع . بل يمكن القول أيضاً إنه ما دام هذا العيب المؤثر كان موجوداً وقت البيع وكان المشتري لا يعلمه ولو علمه لما أقدم على الشراء ، فان للمشتري أن يطلب إبطال البيع لغلط جوهرى في المبيع .

ولكن دعوى ضمان العيوب الخفية تتميز عن دعوى الفسخ وعن دعوى الإبطال للغلط ، كما تميزت دعوى ضمان التعرض والامتحاق عن دعوى الفسخ وعن دعوى الإبطال لوقوع البيع على ملك الغير . وسنرى أن هذه الدعوى لها شروطها الخاصة بها ، وأنه يترتب عليها أحكام خاصة تستبعد فكرة الفسخ وفكرة الإبطال

= يرجع على الدائنين بالتأمين على قاعدة الإثراء بلا سبب ، ولا يفهم شرط عدم الضمان أو إقرار المشتري أنه اشترى سائط الخيار (إلا من التضمينات) ، أما أحكام التقنين المدني فتبقى سارية فيما بين الراى عليه المازاد والبائع (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٦٥ والأستاذ منصور سلطان منصور ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

ونجعل التعويض فيها بعداً عن أن يكون محض تطبيق للفواعد العامة . وسرر أن من أبرز ما يميز هذه الدعوى أنها لا تجوز في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد (م ٤٥٤ مدني) ، وأنها تسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢ مدني) . وسنعتقد في آخر هذا المبحث موازنة بينها وبين ما يقرب منها من النظم القانونية كإبطال للغلط أو للتدليس والفسخ لعدم التنفيذ .

والسبب في تميز دعوى ضمان العيوب الخفية بمقوماتها الخاصة يرجع ، كما رأيتاه يرجع في تميز دعوى ضمان التعرض والاستحقاق ، إلى تقاليد تاريخية تمت بأوثق الصلات إلى القانون الروماني . فقد كان في روما موظفون في الدولة (*Ediles curules*) يعهد إليهم في ضبط المعاملات التي تقع في الأسواق العامة . فعنوا ، فيما عنوا به ، بالتعامل في الحيوان وفي الرقيق . فقد كانت العيوب فيها شائعة يسهل إخفاؤها ، وكانت الأبدى تتداولها . فأوجبوا على البائع أن يعلن ما في المبيع من عيوب ، وجعلوا للمشتري إذا عثر على عيب لم يكشف عنه البائع دعويين : (١) دعوى رد المبيع على البائع (*actio redhibitoria-action*) (*redhibitoire-redhibere : reprendre*) ، وهي دعوى جنائية برد بها المشتري المبيع على البائع ويسترد منه ضعف الثمن الذي دفعه له . (٢) ودعوى إنقاص الثمن (*actio aestimatoria, quanti minoris-action estimatoire*) ، وبها يسترد المشتري من البائع بعض الثمن الذي دفعه في مقابل العيب الذي كشفه إذا أراد استبقاء المبيع (١) . وكان المشتري بالخيار بين هاتين الدعويين ، على أن يختار بينهما في مدة قصيرة بضع من شهور ، إذ كانت سرعة التداول في الحيوان تجعله ينتقل من يد إلى يد فيعسر على البائعين المتعاقبين أن يكشفوا عما في الحيوان من عيوب حتى يعلنوا بها المشتري ، لهذا إلى الخشية من مزاعم الشرائين المهربين في المبيع باعوهما بعد مدة طويلة فتعذر معرفة مصدرهما ، ثم أنه لهذا الجزء من بيع الحيوان والرقيق إلى بيع السلع الأخرى ، ففي عمم في هذا

(١) بندان ١١ - فقرة ٣١٧ - كوتان ولابازانج ٢ من ١٩٠٠ .

جوستنيان (١) . فأصبح بذلك لضمان العيوب الخفية مقومات خاصة انتقلت من القانون الروماني إلى التشريعات الحديثة (٢) لمسايرتها لضرورات التعامل ، فالمدة القصيرة التي يجب أن ترفع فيها دعوى الضمان تستجيب لضرورة استقرار التعامل حتى لا يدعى المشتري العيب في المبيع بعد انقضاء وقت طويل بتعذر معه التعرف على مصدر العيب ، والخيار الذي أعطى للمشتري يستجيب لحالة ما إذا أراد المشتري استبقاء المبيع بالرغم مما لحقه من العيب فيكون من حقه إنقاص الثمن (٣) .

٣٦١ - شمول ضمان العيوب الخفية : وضمان العيوب الخفية ، كضمان التعرض والاستحقاق ، يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ينقل الانتفاع ، وبخاصة إذا كان من عقود المعاوضات . ذلك أن من ينقل الملكية أو الانتفاع إلى شخص آخر يجب عليه أن ينقل حيازة

(١) ويقابل هذا الذي حدث في القانون الروماني ما يعرف في الفقه المالكي بالعهد ، فيفترض أن العيب إذا حدث عند المشتري في مدة معينة يكون كامناً في المبيع وقت أن كان في يد البائع ، فيحمل البائع عهده ويكون مسئولا عنه . قال ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٤٤ - ص ١٤٦) : « أفرد مالك بالقول بالعهد دون سائر فقهاء الأمصار ، وسلفه في ذلك أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم . ومعنى العهد أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع . وهي عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الحادثة عند المشتري ، وعهدة السنة وهي عن العيوب الثلاثة الجزام والبرص واجنون فاحدث في السنة من هذه الثلاثة بالبائع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل . وعهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء ، والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري ، إلا من الأدواء الثلاثة . وهذه العهدة عند مالك في الرقيق ، وهي أيضاً واقعة في أصناف البيوع في كل ما قصد منه الماكسة والمماكرة وكان يما لا في الذمة . وهذا ما لا خلاف فيه في المدعب » (مصادر الحق في الفقه الإسلامي المصنف ٤ ص ٢٧٣ هامش ٢) .

(٢) فانتقلت - عهدا التفتين المصري والفرنسي - إلى التفتين الإيطالي للتدريج (م ١٤٠١ وما بعدها) ، وإلى التفتين الأسباني (م ١٤٨٦ وما بعدها) ، وإلى تفتين الالتزامات السويسري (م ١٩٧٧ وما بعدها) ، وإلى التفتين الألماني (م ١٤٩٠ وما بعدها) .

(٣) بيدان ١١ فقرة ٢٤٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٥ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٠ وفترة ٨٩٣ ص ٥٩٨ .

٣٦٢ - المسائل التي يقارنها البحث : ونجرب في بحث ضمان العيوب الخفية كما جربنا في بحث ضمان التعرض والاستحقاق ، فننظر متى يقوم الضمان ، وما يترتب على قيامه ، والاتفاق على تعديل أحكامه ، ونضيف إلى ذلك تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية الأخرى .

١٩ - متى يقوم ضمان العيوب الخفية

٣٦٣ - مسائل أربع : ونجرب هنا أيضاً على النحو الذي جربنا عليه في ضمان التعرض والاستحقاق ، فنبحث : (أ) العيوب الموجبة للضمان . (ب) المدعى في الضمان . (ج) الدائن في الضمان . (د) البيع الذي ينشأ الضمان .

٣٦٤ - ١ - العيوب الموجبة للعصاه - النصرة القانونية :
نسب المادة ٤٤٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوانر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما عوَّمين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده .

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتيقنها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمَّد إخفاء العيب غشاً منه .

= ويدعى بلانيول في هذا التعليق إلى وجوب صريان هذه الأحكام لا في عند البيع فحسب ، بل أيضاً في كل العقود الأخرى إذا كانت عقود معاوضة ناقلة للملكية (بلانيول وريبير وهامل ١٠ س ١١٠ هاش ١) .

وتنص المادة ٤٤٨ على مايلي :

« لا يضمن الزاع عيباً جوى الخرف على التامع في (١) » .

وتقابل هذه النصوس في النصين الملئ السابق المراء ٣٨٧/٣١٣ و ٣٢٠ و ٣٩٥ و ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ (٢) .

(١) تاريخ النصوس :

م ٤٤٧ : ورد هذا النص في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٩٧ ، وفي المادة ٤٤٤ من المشروع التمهيدي ، على الوجه الآتي : م ٥٩٣ : ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في البيع ، وقت التسليم ، الصفات التي قرر البائع أنها موجودة فيه ، أو إذا كان البائع يبيع بنفسه من ثبته أو من ثبته ، حسب ما قصد إليه المشتري ، كما هو مبين في العقد ، أو كما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو من الغرض الذي أعد له هذا الشيء . ٢ - ويضمن البائع هذا العيب حتى لو لم يكن قائماً بوجوده . م ٥٩٤ : ١ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو التي عرفها عند الفرز إذا كان البيع من المتليات . ٢ - وكذلك لا يضمن البائع عيباً كان المشتري يستطيع أن يثبته بنفسه لو أنه فحص البيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت للمشتري أن البائع قد أكد له نفاو البيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد نفاو ، بإدعاء العيب عن نفسه . وفي لجنة المراجعة أذبت المادتان في مادة واحدة لأن العناية تكلفه مسؤولية للأول ، وأجريت بعض تعديلات لفظية ، وصارت المادة رقمها ١٩٠ في المشروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب بعد تعديل لفظي . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ بعد تعديل لفظي آخر بوجه أن استبدل بعبارة « بما ينبغي من العناية » الواردة في الفقرة الثانية عبارة « بدابة تدرسها » ، أخذاً بالمعيار القائم في العناية ، بحسب الكس . مطابقاً لما أقرر عليه في النصين الملئ الجديد وأصبح رقمه ٤٤٤ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدته بثلث (مجموعة الأعمال التشريعية) ، من ١٠٩ و من ١١١ - ١١٢) .

م ٤٤٨ : ورد هذا النص في المادة ٩٧ ، الفقرة الثالثة من المشروع التمهيدي على وجه يضاف ما أقرر عليه في النصين الملئ الجديد . واقتصر في لجنة المراجعة فصل هذه الفقرة السابقة من المادة ٩٧ ، لأنها تقرر حكماً مطلقاً ، تراخفت اللجنة على ذلك ، وأصبح رقم النص الملئ في المادة ٤٤١ في المشروع النهائي ، ووافق عليها مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٨ (مجموعة الأعمال التشريعية) ، من ١١١ - ١١٢) .

(٢) النصين الملئ السابق م ٣٨٧/٣١٣ : كساع ضمان كمشترى العيوب الخفية في البيع (١) كانت النصوس القديمة التي اقتربها المشتري ، أو تحمل المبيع غير صالح لاستعماله فيها أم لا . ١٩٥/٣١٠ : لا يوزع ضمان البائع إذا كان العيب ظاهراً أو لم يكن من الماتري عاماً ، شياً . ٣٩٧/٣١٣ - ٣٩٨ : لا يكون كمشترى العيوب (٢) إلا إذا كان قد علم ، وإلا يوزع . بالنسبة للمبيع الظاهر وقت البيع في البيع (٣) إذا كان شيئاً صريحاً أو كساع أو كساع أو كساع ، فإن البيع وقت البيع إذا لم يكن شيئاً صريحاً .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤١٥ - ٤١٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٣٦ - ٤٣٧ -
وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٥٨ - ٥٥٩ - وفي تقنين المورجات والعقود
اللبناني المواد ٤٤٢ - ٤٤٥ و ٤٦٠ (١) .

(١) = فرق في الأحكام ما بين التقنينين السابق والجديد ، فيما عدا بعضاً من الفروق أهمها
ما بيته المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآت : (١) اتخذ التقنين الجديد معياراً
مادياً في تحديد ما إذا كان العيب مؤثراً ، أما التقنين المدني السابق فالمعيار فيه تارة مادي (عدم
صلاحية المبيع لما أعد له) وطوراً ذاتي (نقص القيمة التي اعتبرها المشتري) . (٢) ينقص التقنين
السابق أن يحدد معنى خفاء العيب تحديداً كافياً ، أما التقنين الجديد فقد بين ذلك في وضوح .
(٣) زاد التقنين الجديد بعض التفصيلات الهامة ، فذكر أنه يكفي لاعتبار العيب مؤثراً أن يخلو
المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه ، ونص على أن العيب لا يكون مؤثراً إذا كان قد
جرى العرف على التسامح فيه ، وقرر أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعده إخفاءه
يحملة ضامناً للعيب حتى لو لم يكن خفياً مادام المشتري لا يعلمه : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤
ص ١١١ - يضاف إلى هذه الفروق الثلاثة فرق رابع هو أن التقنين السابق اعتد في وجود العيب
بوقت البيع في حين المينة بآليات وبوقت التسليم في العين غير المينة إلا بالنوع ، وهذا لا يصح
إلا في قانون القانون الفرنسي يجعل تمة تميم المبيع قبل التسليم على المشتري لا هل البائع ،
أما حيث تكون تمة التعيب قبل التسليم على البائع كما في قانون المصري فالواجب ضمان البائع
لعيب متى وجد قبل التسليم ولو في العين المينة بالذات ، وهذا ما نص عليه صراحة التقنين الجديد) .
(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤١٥ - ٤١٦ (مطابقتان
للمادتين ٤٤٧ - ٤٤٨ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
عمرة ١٩٦ - فترة ٢٠٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٦ - ٤٣٧ (مطابقتان للمادتين ٤١٧ : - ٤١٨ مصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٥٨ : ١ - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيراً
إن شاء رده وإن شاء قبله بنصفه المسمى . ٢ - والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار
وأرباب التجارة أو ما يعمد به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عديم . ويكون
قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .
م ٥٥٩ : لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه ، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه
أو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلوه المبيع من هذا
العيب أو أخفى عنه العيب غشاً منه .

(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنين المصري والعراقي - أنظر في لقانون المدني
العراقي الأسس - على القانون فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٤١ - الأستاذ عباس - بين الصراف
عمرة ١٩٧٧ - فترة ٢٠٢) .

ومخلص من هذه النصوص أن العيب في المبيع حتى يوجب الضمان يجب أن يتوافر فيه شروط أربعة : (١) أن يكون مؤثراً (٢) وأن يكون قديماً (٣) .
يكون خفياً (٤) وأن يكون غير معلوم للمشتري (١) .

٣٦٥ - (١) يجب أنه يكون العيب مؤثراً - والعيب المؤثر له، يجب للضمان هو العيب الذي يقع في مادة الشيء المبيع ، فعبارة العيب هنا موصري محض (٢) . وتزداد موضوعية المعيار وضوحاً بالرجوع إلى الضوابط التي وضعها الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني ، فإن النص يشترط كما رأينا أن يكون بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو

= تقنين الموجبات والمفرد البناني م ٤٤٢ : يضمن البائع عيوب المبيع التي تنقص قيمته نقصاً عموماً أو تجعله غير صالح للاستعمال فيما أمده بحسب ماهيته أو بمقتضى عقد البيع . أما العيب الذي لا تنقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به إلا نقصاً خفيفاً ، والعيوب المتسامح بها عرفاً فلا تستوجب الضمان . وينسب البائع وجود الصفات التي ذكرها هو، أو اشترط أن يراها وجوداً . م ٤٤٣ : أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثمار ذات الغلاف اليابس ، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنتها صراحة أو كان العرف المحل يوجب عليه هذا الضمان .

م ٤٤٤ : إذا انعقد البيع بحسب نموذج ، فالبائع يضمن وجود صفات النموذج في البضاعة المبيعة . وإذا هلك أو ناله عيب ، فعلى المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة على النموذج . م ٤٤٥ : لا يضمن البائع إلا العيوب الموجودة وقت البيع إذا كان المبيع عيناً معينة كالساعة أو وقت التسليم إن كان المبيع مثلياً وقد بيع بالوزن أو بالقياس أو بحسب الرسم . م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسئولاً حتى عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها إذا صرح البائع بخلو المبيع منها .
(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنينين المصري والبناني) .

(١) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ الحامدة ٤ رقم ٧٠٠ ص ٩٢١ - والمشتري هو الذي يقع عليه عبء إثبات توافر هذه الشروط ، وهي كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الوسائل . ويدخل في ذلك البيئة والقرائن ، وبخاصة رأى الخبراء الفنيين (لوران ٢٤ فقرة ٢٨٦ - أوبري دروه فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٣ - بلانيول وريبيرو هامل ١٠ فقرة ١٢٨ ص ١٤٢ - أنسكيلريدي دالوز ه لفظ vice Réd. فقرة ٩٠ - فقرة ٩٧ - الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ٣٤١) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١١١٩ .

مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ، (١) .
 فالعيب إذن قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادية ، أو من نفعه
 المادى ، وقيمة الشيء ونفعه أمران متميزان . فقد ينقص العيب من قيمة الشيء
 دون أن ينقص من نفعه ، كما إذا كان المبيع سيارة صالحة لجميع الأغراض
 المقصودة ولكن بها عيب خفى في المقاعد أو في الفطاء أو في غير ذلك من أجزائها
 مما لا يؤثر مطلقاً في صلاحيتها للسير والرفاء بجميع الأغراض المقصودة منها ،
 فإذا كان هذا العيب مؤثراً بحيث ينقص من قيمة السيارة نقصاً محسوساً كان
 للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفى . وقد ينقص العيب من نفع
 الشيء دون أن ينقص من قيمته ، كما إذا كان المبيع آلة ميكانيكية فيها عيب
 خفى يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ولكنها بالرغم من وجود هذا العيب فيها
 لا تزال محتفظة بقيمتها المادية ولو كان هذا العيب معروفاً لما قلل من هذه
 القيمة . فإذا كانت المنفعة التي تفوت المشتري بهذا العيب من المنافع المقصودة (٢) ،
 كان له أن يرجع بضمان العيب الخفى . وتحديد المنافع المقصودة من المبيع معياره
 أيضاً موضوعي محض ، ويستفاد من أمور ثلاثة بينها الفقرة الأولى من المادة
 ١٧٤ مدنى : ما هو مبين في العقد ، أو ما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو
 الغرض الذي أعد له .

فقد يحاط المشتري ويبين في عقد البيع الأغراض المقصودة من المبيع ،
 فيجب عندئذ أن تعتبر هذه الأغراض جميعاً منافع مقصودة من المبيع ، فإذا
 كان بالمبيع عيب خفى يحل بأية منفعة منها إخلالاً محسوساً كان للمشتري الرجوع
 على البائع بضمان العيب الخفى ، وليس من الضروري أن تكون المنافع المذكورة
 في العقد . المنافع المألوفة ، فقد يشترط المشتري على البائع منافع أخرى قصد

(١) وتناول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « ويرجع في تقدير ذلك إلى معيار مادى
 . . . إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد - أى الإرادة الظاهرة - وإلى طبيعة الشيء ، وإلى
 الغرض الذي أعد له - فيعتبر أن هناك عيباً مؤثراً إذا خلا المبيع من صفة تقرر البائع أنها موجودة
 فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠) .

(٢) وقد تكون المنافع كالمالية ولكنها تكون مع ذلك مقصودة (أنسيكلويدى دالوز) لفظ
 Vice Réel فقرة ١٨ - وتناول أوبرى ورو دفقرة ٢٥٤ مكررة من ٨٢ - بلانكي وريبير
 ورو لاجيه ٢ فقرة ١٢٧٨) .

إليها فكفلها له البائع في عقد البيع ، كما إذا اشترط المشتري أن تكون السيارة المبيعة يسير عليها السير في الطريق غير الممهدة أو أنها تصل إلى سرعة أعلى من السرعة المألوفة أو أنها لا تستهلك من الوقود إلا قدر معيناً ، فإذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه ، كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ، ولو لم يكن خلل المبيع من هذه الصفات هو في ذاته عيب بحسب المألوف في التعامل بين الناس ، مادام البائع قد كفل للمشتري هذه الصفات (١) . وهذا ما يدعى في الفقه الإسلامي بخيار غوات الوصف المرعوب فيه ، وقد نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني حين قالت : « إذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه » . وليس من الضروري أن تكون الصفات التي كفلها البائع للمشتري المذكورة صراحة في عقد البيع ، بل يكفي ذكرها ضمناً ، فالبيع بالعينة (échantillon) أو البيع طبقاً لنموذج (type) مفروض به أن يكون المبيع مطابقاً للعينة أو للنموذج ، فإذا اختلفت المطابقة كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ، ويرجع وجود العيب في هذه الحالة إلى اختلال الصفات التي كفلها البائع للمشتري ضمناً بالبيع طبقاً لعينة أو لنموذج (٢) .

(١) أنصر مع ذلك في التمييز بين العيب بمعنى الآفة العارضة على المبيع وبين تخلف شرط كفالة البائع ، وفي أن تخلف الشرط حالة مستقلة لا تعدو أن تكون إخلالاً بشرط العقد ولكن المشرع أحرم عليها أحكام العيب الأستاذ منصور مصطلح منصور ص ٢١٥ - ٢١٩ .
(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٢ - وقارن استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٠ ص ٣٨٥ .

ويرى من ذلك أن العبرة في العيب المؤثر بالفرض الذي أعد له المبيع ، ويستفاد هذا الفرض من اتفاق المتعاقدين . وليس المقصود أن يمتد في تعدد العيب المؤثر بالصفات الجوهرية التي دخلت في اعتبار المتعاقدين كما هي الحال في الخلط ، فهذا معيار ذاتي ويشتمل مع فكرة الخلط . فلو أن الصفة الجوهرية التي كانت محل اعتبار أحد المتعاقدين لم تكن محل اعتبار المتعاقدين الآخر . بل كان هذا يعلم بالخلط الذي وقع فيه المتعاقدين الأول ، فلا تزال هذه الصفة الجوهرية — وهي أمر نفسي — مستنداً لها في الخلط ويكون العقد قابلاً للإبطال . أما في العيب المؤثر بالفرض الذي يستمد من العقد يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ولا يكفي أن يكون هو غرض المشتري وحده ولو علمه البائع ولكن لم يتفق معه عليه ، فالعيب هنا موضوعي لا ذاتي (قارن الأستاذ جيل ليرناوي ص ٢٧٥ هامش ١)

فاذا لم يذكر المتبايعان شيئاً - لا صراحة ولا ضمناً - عن المنافع المقصودة من البيع ، وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع إلى طبيعة الشيء . فاذا كان البيع دار للسكنى ، أملت المبيعتها الأغراض المقصودة منها ، فاذا كان بها عيب يخل بشئ من هذه الأغراض إخلالاً شاملاً رجعت المشتري على البائع بالضمان . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، فإن طبيعتها تحدد المنافع المقصودة منها ، فلا يشترط أن تكون صالحة إلا للمحصولات العادية ، فاذا وجد بها عيب يخل بهذه المنافع وجب على البائع الضمان . وإذا كان المبيع منجراً ، فطبيعته أيضاً تحدد المنافع المقصودة منه ، ولا يكون المنجر صالحاً للغرض الذى أنشئ من أجله إلا إذا كان مستقراً فى مكانه ، فاذا تبين أن إجمار المكان الذى أقيم فيه المنجر مشوب بعيب وطلب المالك إبطاله ، كان هذا عيباً خفياً فى المنجر يوجب الضمان (١) . وإذا كان المبيع حقاً شخصياً مكرراً لا يرهن ، وكشف المشتري الخلل له عن أن الرهن غير مفيد أو عن أن قيده لم يحدد ، كان هذا عيباً خفياً فى المبيع يتلأم مع طبيعته . فطبيعة الشيء إذن هى التى تحلّى المنافع المقصودة منه ، وهى التى تحدد العيوب التى تحلّى بهذه المنافع . فاذا كان المبيع شيئاً مادياً كانت رتب مادية ترجع إلى طبيعة البيع ، وإذا كان شيئاً معنوياً رجعت العيوب أيضاً إلى طبيعة المبيع وصارت شيئاً معنوياً (٢) .

(١) ولكن لا يعتبر عيباً مؤثراً ، فى بيع عقيدية ، أن يجد المشتري بعض الديون التى للعقيدية فى ذمة الغير مسددة دون أن تكون هذه الديون المسددة قد دخلت فعلاً فى الخزائنة ، لا سيما إذا ثبت أن النافع ، وهو وارث صاحب العقيدية ، لا علم له بصورية هذا السداد وأنه عند حساب الشئ قد انتفع نسبة معينة من إيراد العقيدية فى تغير مصروفات التحصيل والخسائر (استئناف مختلف ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٨٢) .

(٢) فالنوع الذى يتبين أنها لم تنتج تكون مشوبة بعيب خفى ، وقد يتبين ذلك من مضاهاة الأراضى الزراعية المجاورة التى أنتجت فيها بنوع آخر وقد نرست فى جميع الأراضى محل نمذ واحد (بودرى وسينيا فقرة ٢٥ مكررة رابعاً) . ويعتبر عيباً خفياً فى السندات أن يتبين أنها استهلك قبل شرائه ، أو أن الشركة التى أصدرتها باطلة أو صفيت (بودرى وسينيا فقرة ٢٦ و فقرة ٣٩ مكررة ، وقارن الأستاذ عبد المنعم البندراوى فقرة ٥١٥) ، ونرى المنجر أنه صحت وبصحة (الأستاذ محمد إمام ص ٢٨٠) أو مائة مائة (الأستاذان أحمد محمد الملال وحامد زكريا ٣٩٧ هامش ١) . وإذا كان البيع بقسعة يشوبها عيب فى القسعة ، =

وقد يخصص من طبيعة الشيء الغرض الذي أعد له هذا الشيء ، فيرجع إلى هذا الغرض لتحديد المنافع المقصودة من المبيع والعيوب التي تخل بهذه المنافع . فإذا كان المبيع فرساً حددت طبيعته كما سبق القول الأغراض المقصودة ، فإذا كان الفرس معداً للسباق واشترى المشتري على هذا الاعتبار ، فإن الغرض الذي أعد له الفرس يخصص المنافع المقصودة منه وهي أن يكون صالحاً للسباق . فإذا تبين أنه غير صالح له كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان ، ولو كان الفرس صالحاً لجميع الأغراض الأخرى . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية أعدت لزراعة الفاكهة أو الزهور ، وجب الاعتداد ، لا بطبيعة المبيع فحسب ، بل أيضاً بالغرض الذي أعد له ، وهو هنا زراعة الفاكهة أو الزهور ، فإذا لم تكن الأرض صالحة لزراعة هذه الأصناف ، كان هذا عيباً ضمنياً موجباً للضمان ، ولو كانت الأرض صالحة للمحصولات الأخرى .

وتقرر المادة ٤٤٨ مدني ، كما رأينا ، أن البائع لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه . فقد يكون العيب مؤثراً على النحو الذي سبق بيانه ، ولكن العرف في التعامل جرى على عدم اعتباره عيباً ، فعند ذلك لا يكون عيباً موجباً للضمان . وقد جرى العرف على التسامح في بعض عيوب القمح من ناحية استعماله على كبة مألوفة من الأنزبة (١) ، وفي بعض عيوب القطن إذ للقطن مرتبات متدرجة كل مرتبة منها يحددها العرف فتفي استوفى القطن شروط المرتبة التي ينتمي إليها فوجود عيوب فيه لا تخل بشروط هذه المرتبة يكون متسامحاً فيه عرفاً ولا يوجب الضمان (٢) .

= وجب الضمان (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٧) . وإذا كان المبيع ورق سجائر ، لا يقبل الاحتراق بسهولة ، كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٧ ص ٣٤١) .

(١) ووجود بعض مواد مريبة في حب السم لا يكون عيباً مؤثراً إذا كان ما يتسامح فيه عرفاً (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٤٠ ص ١٤٦) .

(٢) وقد أورد تقنين الموجبات والعقود البنائي مثلاً للعيوب التي يحدد العرف متى يكون عيباً موجباً للضمان ومتى يكون متسامحاً فيه ، فنصت المادة ٤٤٣ من هذا التقنين على ما يأتي : أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة صلاحها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثمار ذات القلاف كالبط ، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها صراحة أو كان العرف المتعارف عليه = (م ٤٦ - استئناف ٤)

٣٣٦ - (٢) يجب أنه بكماله العيب قديماً ، ولا يكتفى العيب أن يكون زائراً ، بل يجب أيضاً أن يكون قديماً . والمتصور بقدم العيب أن يكون موجداً في البيع وقت أن يتسلمه المشتري من البائع . ذلك أن العيب إما أن يكون موجوداً وقت البيع وبقى إلى وقت التسليم ، فيكون إذن موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه . وإما أن يكون العيب قد حدث بعد البيع وقبل التسليم وبقى إلى وقت التسليم ، فيكون أيضاً موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه (١) .

وغنى عن البيان أن العيب الخفى يجب أن يكون موجوداً وقت التسليم حتى لو كان المبيع غير معين بالذات . ويرجع ذلك ، ليس فحسب لأن الوقت الذى يعتد به فى وجود العيب الخفى هو وقت التسليم كما سبق القول ، بل أيضاً لأن غير المعين بالذات وقت البيع لا يتصور أن يكون العيب لاحقاً به فى هذا الوقت ، وإنما يتصور لحوق العيب به وقت أن تتعين ذاته ، ولا يكون ذلك إلا بإفراز الذى يقع عادة وقت التسليم . على أنه إذا تراخى التسليم عن الإفراز بالمبيع عيب خفى وقت إفرازه ، ثم لحقه العيب فى الفترة ما بين الإفراز والتسليم ، فإن البائع يكون مسئولاً فى هذه الحالة عن ضمان هذا العيب .

وبخلص مما تقدم أن العيب الخفى يجب أن يكون موجوداً دائماً وقت تسليم المبيع للمشتري ، ولو لم يكن موجوداً وقت البيع (٢) . أما إذا حدث العيب

== هذا الضمان = (أنظر آنفاً فقرة ٣٩٤ فى الماشى) . فالبطيخ والشام والجوز واللوز والبندق وغير ذلك يحدد العرف متى يكون العيب فيها منساحاً فيه ومتى يكون العيب موجباً للضمان .

(١) والفروض فى هذه الحالة الأخيرة أن المبيع قد لحقه عيب خفى فى الفترة ما بين البيع والتسليم ، وأن المشتري حين تسلّم المبيع لم يعلم بالعيب ، ومن ثم يكون العيب خفياً ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه بهذا الاعتبار (قارن الأستاذ منصور مصطلح منصور ص ١٩٤ - ص ١٩٦) . أما إذا لحق المبيع بعد البيع وقبل التسليم عيب ظاهر ، فالبائع يضمنه كذلك ، ولكن ليس هذا ضمان العيوب الخفية الذى نحن بصدده إذ العيب ظاهر وليس بخفى ، وإنما هو تحمل لثبته مالك المبيع أو تمثيه قبل التسليم ، ومن ثمة يتحملها البائع كما سبق القول .

(٢) قارن مع ذلك ما جاء المذكور الإيضاحية لم شروع التمهيدى . . . أن يكون هذا العيب موجوداً وقت البيع ، وهذا ما يعمم أنه عادة بالعيب القديم (راجع الأهمان التوضيرية) ==

بالمبيع بعد أن تسلمه المشتري ، فإن البيع لا يكون ضامناً له ، ويتحمل المشتري تبعته أو يرجع على من عسى أن يكون مسؤولاً عن إحداثه .

وقد يوجد سبب العيب أو جبرئيمته قبل التسليم ، ولكن العيب ذاته لا يحدث إلا بعد التسليم . فإذا كان المبيع حيواناً مثلاً ، فقد توجد فيه جرثومة مرض أو « ميكروب » المرض قبل أن يتسلمه المشتري ، ثم يحدث المرض بعد أن يتسلمه . فإذا أمكن المشتري أن يثبت ذلك ، فإن العيب الذي يرجع سببه المباشر إلى ما قبل التسليم يعتبر في حكم الموجود وقت التسليم ، ومن ثم يضمنه البائع . وقد يوجد بالغلل أو بالخشب بدء نموس قبل التسليم ، ثم ينتشر النوس بعد التسليم ، فهذا عيب قديم يضمنه البائع (١) .

٣٦٧ - (٣) يجب أنه بكونه العيب خفياً : ولا يكفي أن يكون العيب مؤثراً وقديماً ، بل يجب أن يكون خفياً (caché) ، فإذا كان العيب

(= ص ١١٠) . وقارن أيضاً المادة ٣٢٢/٣٩٧-٣٩٨ من التفتين المدن السابق ، وهي تنص على أن « المراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع في المبيع إذا كانت عيناً معينة » (انظر آنفاً فقرة ٣٦٤ في الهامش) .

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٠ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ٢٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٣٢٨ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٣٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٩٨ .

وهذه المسألة في الفقه الاسلامي ، في مذهب الشافعي ، تختلف فيها . جاء في المذهب : « وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث . وإن استند إلى ما قبل القبض ، بأن كان عبداً فسرقة أو قطع بدأ قبل القبض فقطت يده بعد القبض ، ففيه وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبي إسحق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض . والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي حنيفة ، لأن الفسخ وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله » (المذهب ١ ص ٢٨٤) .

أما في فرنسا فالفقه والقضاء متفقان على أنه يمتد بوقت وجود السبب المباشر لعيب وإن لم يحدث العيب إلا بعد ذلك (انظر فرنسي ٨ مارس سنة ١٨٩٢ : الحوز ٩٢ - ١ - ٢٠٤ - بودوى وسينيا فقرة ٤٢٢ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٢١) . وإذا كان سبب العيب موجوداً قبل التسليم ثم انتشر بعد التسليم ، وجب أن يكون انتشاره غير راجع إلى خطأ المشتري ، وإلا زومت السولية بين البائع والمشتري وفقاً لقواعد الخطأ المشترك (م ٢١٦ مدني) : انظر الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠ .

ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري ولم يعترض بلى رضى أن يسلمه ، فان البائع لا يرضى ، لأن المشتري وقد رأى العيب ظاهراً دون أن يعترض يكون قد ارتضاء وأسقط حقه فى التراجع بالضمان .

وتكون العيوب خفية ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى ، إذا أثبت المشتري أنه كان لا يستطيع أن يبينها بنفسه أو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى ، ما لم يكن البائع قد أكد له شذو المبيع من هذا العيب ، أو تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

ونرى من ذلك أن العيب لا يكون خفياً ، فلا يضمنه البائع ، فى الحالتين الآتيتين :

(أولاً) إذا كان ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري فرضى به ، فليكون قد نزل عن حقه كما سبق القول (١) .

(ثانياً) إذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشتري كان يستطيع أن يبين العيب بنفسه أو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادى (٢) ، فيكون من المفروض عندئذ أن المشتري قد فحصه فعلاً بهذه العناية المطلوبة فتبين وجوده ، وسكت ولم يعترض ، فيكون سكوته نزولاً عن حقه . ولا يقبل من المشتري فى هذه الحالة أن يثبت أنه لم يفحص المبيع فعلاً ولم يبين وجود العيب ، فان كل المطلوب منه هو أن يفحص المبيع وقت تسلمه بعناية الرجل العادى ، فاذا لم يفعل كان مقصراً ، وهو الذى يحمل تبعه تقصيره . ومن ثم يكون إمكان تبين العيب عند فحص المبيع بعناية الرجل العادى قرينة على أن المشتري قد تبين فعلاً وجود العيب عند التسليم (٣) ، وهى قرينة غير قابلة للإثبات العكس إلا

(١) وكون المبيع ليس له ، سلك الطريق العام يعتبر عيباً ظاهراً (استئناف مخطوط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) . وإذا كان تلف الأرض البينة آتياً من فيضان ظاهر ، فالعيب لا يكون عيباً (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ١٤٤) .

(٢) استئناف مصر ٣١ مارس سنة ١٩٤٦ المجردة الرسمية ٨ رقم ٨٧ - استئناف مخطوط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٣٨ .

(٣) استئناف مخطوط ٢ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٧٨ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٦ .

بطريقين معينين سيأتى ذكرهما فيما يلى .

وبكون العيب خفياً ، فبضمه البائع ، فى الحالتين الآتيتين :

(أولاً) إذا لم يكن العيب وقت تسليم المشتري للمبيع ظاهراً ولا يمكن للمشتري تبينه أو أنه فحصى المبيع بعناية الرجل العادى . وهذا معناه أن عيب من الخفاء بحيث لا يمكن أن يتبينه إلا خبير مختص ، كما إذا اقتضى تبيين العيب اللجوء إلى وسائل فنية ليست فى مقدور الشخص العادى ، أو احتياج إلى معرفة متخصصة ، أو اقتضى تحليلاً كيميائياً ، أو نحو ذلك (١) من الأبحاث التى لا يلجأ إليها الناس عادة فى المألوف من التعامل ، ولا يستطيعها على كل حال الرجل العادى (٢) . أما إذا أمكن تبيين العيب بعناية الرجل العادى ، لم يكن عيباً خفياً موجباً للضمان (٣) كد سبق القول ، حتى لو كان المشتري بالذات لم يستطع أن يتبين العيب لنقص فى خبرته ينزل بهما عن مستوى الخبرة العادية (٤) . فانه يحمل فى هذه الحالة مسئولية نقصه فى اللجوء إلى من يسترشد برأيه من الرجال العاديين ، وكان ذلك واجباً عليه نظراً لنقص خبرته (٥) .

(١) كحفر الأساس لاختبار جودة البناء (استئناف مخطط ٢١ يوليه سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٤٥٦) .

(٢) كمحورب فى السيارة أو فى الآلات الميكانيكية التى لا يمكن كشفها إلا بعد استعمال اشرء مدة غير قصيرة (بلايول وريبير وعامل ١٠ نفرة ١٢٠ ص ١٤٦) ، وكثيرة اذواج فى اكرس الزراعية أو ضعف قوة الحريق الناتج من الفحم (الأستاذ محمد على امام ص ٢٧٩) ، وكثافت احتمال الحديد (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٤) .

(٣) استئناف مخطط ٢١ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٧ - ٦ فبراير سنة ١٩٤١ م ٦٢ ص ١٢٤ .

(٤) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرجعية ٢٧ رقم ١ ص ١

(٥) بودرى وسينيا نفرة ٤١٨ ص ٤٢٦ - بلايول وريبير وعامل ١٠ نفرة ١٢٠ - الأستاذ أنور سلطان نفرة ٢٧٦ - الأستاذ محمد على امام ص ٢٧٩ - الأستاذ عبد المتاح ص ٢٧١ - الأستاذان أحمد نجيب الخلال وعامد زكى ص ٢٩٧ ماض ٢ .

فإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، لم يصح للمشتري أن يتسكك بمحورب فى الأرض يستلزم أن يتبينها الشفص الخبير خبرة عارفة بالأمور الزراعية ولم يتبينها من خبرة ، وإذا كان المبيع بناء ، لم يصح أن يتسكك بمحورب فى البناء يستلزم أن يتبينها المهندسون المعماريون بطريق الشفص المألوف (بودرى وسينيا نفرة ٤١٨ ص ٤٢٦ - بلايول وريبير وعامل ١٠ نفرة ١٢٠) .

(ثانياً) إذا كان المشتري ، بعد أن أثبت البائع أن العيب كان يستطاع تبيته بالفحص المعتاد ، أثبت من جهته أحد أمرين : إما أن يكون البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب المعين الذي وجد بعد ذلك بالمبيع ، وإما أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه . ففي الأمر الأول ، وقد أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب ، يكون هذا بمثابة اتفاق ضمني بين المتبايعين على أن البائع يضمن هذا العيب بالذات للمشتري إذا ظهر بالمبيع . وعند ذلك لا يكلف المشتري نفسه مؤونة فحص المبيع ولو بعناية الرجل المعتاد ، مطمئناً إلى تأكيد البائع ، ومعتداً في كل حال على أن البائع قد ضمن له هذا العيب فلو ظهر في المبيع رجوع عليه بالضمان . ويبدو من ذلك أنه لا يكفي أن يؤكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب بوجه عام ، بل يجب أن يؤكد خلو المبيع من عيب معين أو عيوب معينة بالذات . وفي الأمر الثاني ، وقد تعمد البائع إخفاء العيب غشاً منه ، يكون قد ارتكب خطأ يستغرق خطأ المشتري في عدم فحص المبيع بالعناية المعتادة ، ويعتبر العيب في هذا الفرض خفياً ولو أنه كان يستطاع تبيته بالفحص المعتاد ، فيضمنه البائع (١) .

بقي بعد ذلك أن نفرض أن العيب كان ظاهراً ، أو كان غير ظاهر ولكن يمكن تبيته ، أو كان لا يستطيع أن يحسب لو أنه فحص المبيع فتبينه أنه يحل بمنفعة من المنافع المقصودة من المبيع ، بل حسب أنه أمر غير ذي بال ، ثم ظهر

= وقد قضت محكمة النقض بأن العيب يعتبر في حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن في متناول إدراك غيره . فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستر في الأنظار المختلفة ، بل معياراً متيناً بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص الفطن المنتبه للأمر . فإذا ما أثبت الحكم أن عدم إثبات البذور التي هي محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشتري ، وهو عمدة ومن كبار المزارعين ، لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البذور عند ورودها إليه ، ثم خلص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهراً ، وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري ، فإنه لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة مر ٥ رقم ٢٣٩ ص ٥٠٠ - أنظر أيضاً استئناف مخطوط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٥٤) .

(١) مثل ذلك وضع نوع خاص من البزير في السيارة عند تجربتها بقصد إخفاء عيب في محركها ، أو بيع آلة مكسورة بعد لحماها ودهانها بطلاء يخفي عيبها (الأستاذ محمد علي إمام ص ٢٨٠) .

بعد ذلك أنه عيب مؤثر يخل بالنفع المقصود ويحل المبيع غير صالح صلاحية كاملة للغرض الذي اشتراه من أجله . بل يكون علم المشتري بالعيب على هذا النحو ، أو استطاعته العلم به ، مسقطاً للضمان ؟ يبدو أنه لا يمكن ظهور العيب أو إمكان ظهوره بالحدس المعتاد حتى يفترض أن المشتري قد رضی به مادام لم يفترض ، بل يجب فرق ذلك أن يكون المشتري وقت أن سكت عن العيب كان يعتقد أنه عيب مؤثر يخل بالنفع المقصود من المبيع . ولكن المشتري هو الذي يحمل عبء الإثبات ، فإذا سكت عن العيب افترض رضاه به ، إلا إذا أثبت أنه كان يعتقد أن العيب غير مؤثر وأثبت في الوقت ذاته أن الشخص العادي لا يستطيع أن يدرك أن العيب مؤثر بل يقتضى إدراك ذلك معرفة فنية متخصصة (١) .

٣٦٨ - (٤) يجب أنه يكون العيب غير معلوم للمشتري . وحتى لو كان العيب خفياً على النحو الذي بيناه . فإنه لا يكون عبئاً موجباً . إذا ثبت أن المشتري كان يعلمه بالفعل وقت تسلم المبيع بالرغم من خفائه . فإن علم المشتري بالعيب وسكوته عليه بعد رضاه منه به ، وزولا عن حقه في الرجوع بالضمان . وهذا ما ينص عليه صراحة صدر الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدى فيما رأينا : « ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع » .

وما دام العيب خفياً ، فالفروض أن المشتري لا يعلم به ، فإذا أراد البائع التخلص من الضمان . فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان يعلم به وقت التسليم (٢) . والعلم واقعة مادية يستطيع البائع أن يثبتها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك البيعة والقرائن (٣) .

(١) بلانويول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٣٠ من ١٤٦ - ص ١٤٧ .

(٢) بلانويول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٣٠ .

(٣) إذا كان العيب من النوع والانتشار بحيث يكون من المفعول أن المشتري يتوقع أن يلتحق المبيع ، فالفروض أن المشتري يعلم عمل هذا العيب ، ويكره عليه هو عبء إثبات أنه كان يعلمه . ويحسن إذا في هذه الحالة أن يشترط المشتري على البائع ضماناً ضد العيب .

وقد يكون العيب موجوداً وقت البيع والمشتري لا يعلم به ، ولكنه إذا علم به وقت التسليم ولم يعترض ، سقط ضمان البائع . فالعيب الموجود في المبيع وقت البيع يجب إذن ، حتى يضمنه البائع ، أن يكون المشتري لا يعلمه لا وقت البيع ولا وقت التسليم ، فإذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلمه في أي وقت من هذين الوقتين لم يكن ضامناً . أما العيب الذي حدث ما بين البيع والتسليم ، فيجب أن يثبت البائع حتى يسقط عنه الضمان أن المشتري كان عالماً به وقت التسليم ، فإذا لم يثبت ذلك افترض أن المشتري كان وقت أن تسلم المبيع غير عالم به ووجب الضمان (١) .

= إذ أراد أن يتخلص من عبء الإثبات . ويفرض في الأشياء المستقلة إذا بيعت أنها لا تخلو من العيوب المألوفة في الأشياء القديمة ، فإذا ادعى المشتري أنه لم يكن يعلم بعيب من هذه العيوب المألوفة فعليه هو عبء إثبات ذلك ، إلا إذا اشترط على البائع ضمانها بالذات . على أن هذا مقصور على العيوب المألوفة في الأشياء القديمة ، أما ما كان من العيوب غير مألوف فعبء الإثبات فيه يقع على البائع لا على المشتري (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٢) .

ويترتب على ما تقدم أن المشتري مدروس فيه أن يعلم أن من أجر الدار له الحق في طلب إنقاص الأجرة إلى الحد القانوني الذي يسمح به قانون إيجار الأماكن ، فلا يستطيع أن يحتج بذلك على البائع إلا إذا أثبت أنه كان يجهل أن الأجرة تزيد على الحد القانوني أو إذا حصل على ضمان البائع لهذه الأجرة (بلانيول وريبير وهامل ٢٠ ص ١٤٨ هامش رقم ١) .

(١) قارن الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٠٢ هامش رقم ١ - والعلم الواجب إثباته يجب أن يكون علماً يقينياً لا علم على سبيل الخدس . وقد قضت محكمة النقض في شأن العلم بالعيوب الخفية المسقط لدعوى الضمان في عهد التقنين المدني السابق ، بأن العلم المراد للشارع في المادة ٣٢٤ مدني (٤٤٢ مدني جديد) هو العلم الحقيقي دون العلم بالتشكيك . فإذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت ما حصلته من فهم الواقع في الدعوى أن المشتري ما كان يعلم حقاً ، عند تحريره خطاباً للبائع يخبره فيه بما ظهر من العيب في البذور التي اشتراها ، أن هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الحق الذي يستلزم فسخ البيع ورد الثمن وإلزام البائع بما قد يلزمه قانوناً من التعويضات ، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير غير دعوى إثبات الحالة ، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التي رفعها المشتري بعد تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام ، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذي يمه عنه خطابه الذي أرسله للبائع لم يكن علماً حقيقياً ، فإنها تكون قد أصابت في قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها (نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٢٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٢ ص ٦٦٥) . وقضت استئناف مصر بأن مجرد الظن أو العلم غير القاطع لا يعتبر علماً موجباً لسقوط الضمان (استئناف مصر ٢٤ فبراير سنة ١٩٣٢ المجلة ١٣ رقم ٢٧ ص ٩١) .

ولما كان جهل المشتري للعيب وقت التسليم شرطاً للضمان ، فإنه يقال
أن يكون المشتري ، وتند جهل العيب اللاحق بالمبيع ، قد وقع في غلط جرمي ،
فتتلافى دعوى ضمان العيب مع دعوى الغلط ، ويمكن للمشتري أن يختار بين
الدعويتين . وسعود إلى هذه المسألة بتفصيل أدنى عند تمييز دعوى ضمان العيب
عن دعوى الغلط .

وإذا كان علم المشتري بالعيب يؤثر في الضمان . فيضمن البائع بعيب إذا كان
المشتري غير عالم به ولا بصحته إذا جهله ، فإن علم البائع بالعيب لا أثر له
في مبدأ الضمان . فالبايع يضمن العيب ، سواء كان عالماً به أو غير عالم . وتضمن
العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٧٤ صراحة على هذا الحكم إذ تقول :
« وبضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده » . ولكن علم البائع
بالعيب أو جهله به يؤثر في الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالتشديد
أو بالتخفيف أو بالإعفاء على النحو الذي سنتفصله فيما يلي . وقد يؤثر أيضاً
في مقدار التعويض الذي يستحقه المشتري بسبب العيب الخفي ، وفي إحالة الدية
التقادم إلى خمس عشرة سنة إذا اقترن العلم بالغش .

٣٦٩ - (ب) - المدين في ضمان العيوب الخفية - فائدة التزام

بمعرفة المدين : المدين في ضمان العيوب الخفية هو البائع . ولا ينتقل التزامه إلى ورائته ،
بل يبقى هذا الالتزام دياً في التركة . فإذا مات البائع ، رجع المشتري بضمائم
العيب الخفي ، لا على الورثة . بل على التركة ذاتها . فإذا ماتت الورثة بضمائم
المستحق . أخذ الورثة ما بقى من التركة بعد سداد جميع الديون ومن بينها الدين
الحاصل بضمان العيب الخفي .

ولا يتصور انتقال ضمان العيوب الخفية إلى خلف البائع الخامس
في العين المبيعة .

ويتحمل دائن البائع التزام بضمان العيوب الخفية على الوجه المذكور في
القواعد العامة ، ذلك أن المشتري يصبح هو أيضاً دائناً للبائع بضمان العيوب
الخفية ، فيشارك سائر دائني البائع مشاركة الغرماء .

ويكون كسائر الدائنين ملزماً مثله بضمان الدين . وبمجرد أن يشتري
أن يرجع عليه بهذا الضمان يلزمه الفوائد المترتبة في الكسالة .

ودعموى ضمان العيوب الخفية ، وهى في صورتها تنتهى إلى تعويض كما
مضى ، «بينة للانقسام» (١) . فإذا باع شخصان عبئاً شائعة بينهما ، كان للمشتري
أن يرجع بضمان العيب على البائعين كل بقدر نصيبه في المبيع ، ولا يجوز له
أن يرجع على واحد منهما بالضمان كله ، لأن ضمان العيب ينقسم عليهما كما سبق
القول . ويستثنى من ذلك بطبيعة الحال ما إذا كان البائعان قد تضامنا في التزامهما
نحو المشتري ، فيرجع المشتري عندئذ على أى منهما بضمان العيوب طبقاً للقواعد
المقررة في التضامن .

٣٧٠ - (ج) الدائن في ضمان العيوب الخفية - فائدة الضمان

للمتضامن : الدائن في ضمان العيوب الخفية هو المشتري . وينتقل حقه
إلى الوارث ، فلو مات المشتري جاز لورثته الرجوع بضمان العيب على البائع
كما كان يرجع مورثهم ، وينقسم الضمان بينهم كل بقدر نصيبه في العين ،
وسحق يجوز للبائع في هذه الحالة أن يبطالهم بالاتفاق على رد العين المبيعة ،
فلا يرد عليه بعض الورثة جزءاً من العين حتى لا تنفرق عليه الصفقة (٢) .

وينتقل حق المشتري أيضاً إلى خلفه الخاص ، فلو أن المشتري باع العين المعيبة
إلى مشتر ثان ، كان هذا المشتري الثاني - وهو الخلف الخاص للمشتري الأول
العين - أن يرجع بدعوى سلفه المشتري الأول على البائع ، ذلك أن هذه
الدعوى قد انتقلت مع المبيع من المشتري الأول إلى المشتري الثاني (٣) . ومن ثم
يكون للمشتري الثاني ، ضمان العيوب الخفية ، دعوى ثلاث : (١) دعواه
الشخصية ضد المشتري الأول بضمان العيب الخفى ، وهى الدعوى التى استمدعا
من قبل البيع الثانى الذى أبرم بينه وبين المشتري الأول ، ومدة التقادم فيها

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة - أنيكلويدي دالوز • لفظ Vice Réd. فقرة ٨ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة - قارن أنيكلويدي دالوز • لفظ Vice Réd. ٨٥ :

(٣) أوري ورو • فقرة ٣٥٥ مكررة من ٨٧ .

تسرى من وقت أن تسلم المبيع من المشتري الأول . (٢) الدعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم المشتري الأول على المبيع ، وبشترك معها فيها صائر دائي المشتري الأول ، وتسرى مدة التقادم من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . (٣) الدعوى المباشرة وهي دعوى المشتري الأول نفسها ضد البائع بضمان العيب ، وقد نشأت من عقد البيع الأول الذي أبرم بين البائع والمشتري الأول ، وانفصلت بعقد البيع الثاني من المشتري الأول إلى المشتري الثاني ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم . وهذه الدعوى تختلف عن الدعوى غير المباشرة في أنه لا يزاوج فيها المشتري الثاني صائر دائي المشتري الأول ، وتنطق معها في أمددة التقادم تسرى من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . وتمتاز الدعوى المباشرة هذه أيضاً بأنها تبقى ثابتة للمشتري الثاني حتى لو لم يكن له حق الرجوع بضمان العيب على المشتري الأول ، كأن كان هذا المشتري قد اشترط عدم الضمان . وبالحفظ أن المشتري الثاني إذا رفع دعواه الشخصية في الضمان على المشتري الأول - وهي الدعوى الأولى من هذه الدعاوى الثلاث - جاز للمشتري الأول أن يدخل البائع ضامناً في هذه الدعوى . والمفروض طبعاً في كل ما قدمناه أن العيب قد حدث بالمبيع قبل أن يتسلم المشتري الأول المبيع من البائع ، حتى يكون البائع ضامناً هذا العيب لكل من المشتري الأول والمشتري الثاني (١) .

ويستفيد دائي المشتري من ضمان البائع للعيب عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فيجوز لهذا الدائن أن يرفع باسم المشتري دعوى ضمان العيب على البائع طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

٢٧١- (ر) البيع الذي يخفى ، ضمانه المذموم الخفية : نص في قانوني :
تنص المادة ٤٥٤ من القانون المدني على ما يأتي :

(١) بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٨ - وكذلك المفروض أن العيب قد ظهر خفياً على المشتري الثاني ، فلو أن المشتري الثاني قد كشفه قبل تسلم المبيع ، ولكنه لم يتمكن من الرجوع بضمان العيب لا على المشتري الأول ولا على البائع (يوردى زيمانيا فقرة ٣٦١ - المصنف محمد ، أمام ص ٢٨٨) .

والآمان للعيب في البيوع القضائية ولاني البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد، (١) .

والسبب في ذلك ، كما نقول المذكرة الإيضاحية، أن البيع بالمزاد، سواء من القضاء أو من جهة الإدارة ، قد أعلن عنه ، وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يحرصوا الشيء قبل الإقدام على المزايدة ، فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقيه ، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبأها المدين، (٢) . ومن ثم لا ضمان للعيب في البيوع التي ينجم إجراءاتها قضاء عن طريق المزاد ، كبيع أموال المدين تنفيذاً للديون التي في ذمته ، وكبيع أموال القاصر والمحجور في المزداد . وكذلك لا ضمان للعيب في البيوع التي تجريها الإدارة بالمزاد ، لاقتضاء الضرائب مثلاً . وقد رأينا أن ضمان التعرض والاستحقاق ، بخلاف ضمان العيب، يقوم في كل هذه البيوع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما سطر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس اسواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٨ - ص ١٢٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٧/٤٠٥ ، وكانت تجري على الوجه الآتي :
" لا تسمع دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية فيما بيع بمعرفة المحكمة أو جهات الإدارة بطريق المزاد " . والحكم متفق مع حكم التقنين الجديد .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٢ (مطابقاً لسنة ٤٥٤ مصرى . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٧) .
التقنين المدني الليبي م ٤٤٣ (مطابقاً لسنة ٤٥٤ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٥٦٩ : لا تسمع دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصرى - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٥ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٤ - فقرة ٥٣٧) .

تقنين الموجبات والعمود البناني م ٤٦٤ : لا وجه لإقامة دعوى الرد في البيوع التي تجريها السلطة القضائية (ولم يذكر التقنين البناني البيوع الإدارية بالمزاد) .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٢٩ .

أما البيوع الاختيارية، حتى لو أجريت بطريق المزااد كبيع العين الشائعة بالمزااد لعدم إمكان قسمتها (licitation) ، فيقوم فيها ضمان العيب (١) .

وفما عدا البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمزااد ، يقوم ضمان العيب في أى بيع آخر ، بمتوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل وبمتوى كذلك أن يكون محل البيع عقاراً (٢) أو منقولاً (٣) ، شيئاً مادياً أو شيئاً غير مادي (٤) . كما يجوز للتفيع - وقد حل محل المشتري - أن يرجع بضمان العيب على البائع . ويجوز أن يرجع بضمان العيب أيضاً المسترد لحصة شائعة في منقول باعها شريك في الشيوع لأجنى (م ٨٣٣ مدنى) (٥) .

٢٥ - ما يترتب على قيام ضمان العيوب الخفية

٣٧٢ - دعوى الضمان وما يسببها من اضرار - إذا وجد بالمبيع عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة الذكر ، وجب على المشتري المبادرة إلى إخطار البائع به ، ثم له بعد ذلك أن يرجع عليه بدعوى الضمان ويجب رفعها خلال مدة قصيرة وإلا سقطت بالتقادم .

-
- (١) بودرى وسينيا فقرة ٤٣١ - بلانيول و هامل ١٠ ف - بلانيول وبير وبولانجيه ، فقرة ٢٤٧٩ - كولان وكايتار مرة ٩٢٤ - ج - ١١٢٣٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٢ - الأستاذ محمد حل إمام فقرة ٢٢٥ - كامل مرسى فقرة ١٩٤ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٩٠ .
- (٢) فيقوم ضمان العيب في البناء ، وفي الأرض الفضاء ، وفي الأرض الزراعية ، وفي غير ذلك من العقارات .
- (٣) فيقوم ضمان العيب في الأغذية ، والحيوانات ، والحبوب والمحصولات الخشبية ، والمشروبات المتنوعة ، وفي غير ذلك من المنقولات .
- (٤) فيقوم ضمان العيب في المتاجر ، والأسهم والسندات ، والحقوق الشخص - غير ذلك من الأشياء غير المادية (أنظر بودرى وسينيا فقرة ٣٢٦ - فقرة ٤٢٠) .
- (٥) ونقت بحكمة النقص بأن أحكام العيب الخلق في باب البيع لا تنطبق في عقد المعاولة غير المختلط بالبيع ، وهو العقد الذى يقوم فيه رت العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة (نقص مدنى ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقص ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣) . أنظر في هذه المسألة تعليق بلانيول في فالورز ١٩١٢ - ١ - ١١٣ على حكيم صادرين من محكمة النقص الفرنسية في ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ قضيا بنقض المبدأ (آنفاً فقرة ٢٦١ في الهاش) .

تبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) إخطار البائع بالعيب (٢) دعوى الضمان (٣) سقوطها بالتقادم .

٤٧٣- إخطار البائع بالعيب - المصوصى القانونية : - تنص المادة ٤٤٩ من التقنين المدنى على ما يأتى .

١- إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقاً للمألوف فى التعامل . فإذا كشف عيباً يضمنه البائع ، وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع .
٢- أما إذا كان للعيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطره به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب (١) .

(١) شرح النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٩٥ من المشروع التمهيدى ، وكان هذا المشروع يتضمن فقرة ثالثة هذا نصها : « على أنه إذا تعمد البائع تضليل المشتري ، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يخطره بالعيب فى الوقت الملائم » . وفى لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة ، لأن حكمها مستفاد من التواعد العامة ، واستبدل بعبارة « وجب عليه أن يبادر بإخطاره عنه » فى الفقرة الأولى بعبارة « وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة » ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه لدى التقنين المدنى الجديد وصار رقمه ٤٦٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - ص ١١٧) .
ولا مقابل لهذا النص فى التشريع المدنى السابق ، وقد كان هذا التقنين بدلاً من الإخطار يعمل مدة تقادم دعوى الضمان قصيرة جداً ، فقد كانت ثمانية أيام من وقت علم المشتري بالعيب .

ويقابل النص فى التشريعات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٤١٧ (مطابقة لمادة ٤٤٩ مصرى) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٣٨ (مطابقة لمادة ٤٤٩ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٦٠ ، (مطابقة لمادة ٤٤٩ مصرى - وانظر فى القانون المدنى العراقى الأ. الم. حص. المذنون فقرة ٢٥٦ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٣٢ - فقرة ٥٣٣) .
تقنين المورجات والمفرد البنائى م ٤٤٦ : إذا كان المبيع من منقولات غير الحيوانات ، وجب على المشتري أن ينظر فى حالة المبيع على أنراستلامه ، وأن يحذر البائع بلا إبطاء فى خلال السبعة الأيام التى تلى الاستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه ، وإلا فالمبيع يعد مقبولاً ما لم تكن الميوب علماً لا يعرف بنقص هادى أو تكثر هناك موانع لا علاقة لها بمشقة المشتري حالت دون النظر

وبمخلص من هذا النص أن المشتري تجب عليه المبادرة باخطار البائع بالعيب عند كشفه . والسياسة التشريعية في ضمان العيب الخفي قائمة على عدم التراخي في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب والمبادرة إلى رفع دعوى الضمان ، لأن الإبطاء في شيء من ذلك قد يجعل إثبات العيب عسيراً ، وقد تنعذر معرفة منشأ وهل كان موجوداً عند التسليم أو حدث بعده ، فيفتتح باب المنازعات ويتسع المجال لادعاءات من جهة كل من المتبايعين ، وبخاصة من المشتري فقد يدعى بعد مدة طويلة أن بالمبيع عيباً كان موجوداً عند التسليم ويتخذ هذا الادعاء نكته للرجوع في الصفقة . فحتى يستقر التعامل وتنحسم أوجه النزاع ، أوجب المشرع على المشتري أن يبادر إلى إخطار البائع بالعيب بمجرد كشفه ، ثم جعل مدة التقادم في دعوى الضمان قصيرة ، فهي سنة واحدة من وقت تعلم المشتري للمبيع كما سنرى . وبهذه الإجراءات السريعة والمدد القصيرة تتميز

= في حالة المبيع . وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عبوب المبيع إلى البائع على أنراكشافها ، وإلا عد المبيع مقبولا ، غير أنه لا يحق للبائع السوء النية أن يتذرع هذا الحكم الأخير .

م ٤٤٧ : يجب على المشتري بلا إبطاء أن يطلب بعريضة معاينة المبيع بواسطة خبير يعينه رئيس المحكمة ذات الصلاحية . وإذا لم تجر المعاينة بمقتضى الأصول ، فللمشتري أن يثبت وجود العيب عند الاستلام ولا تطلب المعاينة إذا كان البيع منقداً بحسب نموذج لم يتم خلاف على ماهيته . وإذا كانت البضاعة واردة من بلد آخر لم يكن للبائع وكيل في محل استلامها ، وجب على المشتري أن يتخذ الحيلة لمحافظة حل البضاعة مؤقتاً . وإذا عيّن من تلف سريع ، كان من حق المشتري أن يطلب بيع تلك البضاعة بناء على ترخيص يطلب بعريضة من رئيس محكمة المحل الذي تكون فيه البضاعة بعد إجراء المعاينة المتقدم ذكرها . وإذا كانت مصلحة البائع تقتضي هذا البيع ، كان الواجب الختم على المشتري أن يجربه على هذا الخوال . ويلزمه أن يخبر البائع بلا إبطاء عن كل ما تقدم ، وإلا كان ضامناً لسلط والضرر .

م ٤٤٨ : في الحالة المنصوص عليها في المسادة السابقة تكون مصاريف إرجاع البضاعة على البائع .

(والتفتين البناني فيما يختص بالمنقول غير الحيوان يتفق مع التفتين المصري في الأحكام التي وردت في التفتين المصري ، ويزيد عليه أحكاماً أخرى يقصد بها إمداد الدليل على العيب قطعاً للنزاع ، واتخاذ الإجراءات الضرورية لمحافظة حل مصلحة البائع من نحو بيع البضاعة المعينة إذا عيّن عليها التلف أو اقتضى البيع مصلحة البائع . وكل هذه الأحكام يمكن اعتبارها تطبيقاً لقواعد العامة) .

ودعوى ضمان العيب الخفى عن غيرنا من الدعاوى التى تتلاقى معها كدعوى الإبطال للغلط ودعوى الفسخ لعدم التنفيذ .

على أنه إذا تسلم المشتري المبيع ، ولو كان به عيب ظاهر أو عيب فى حكم الظاهر مما يتمكن من تبينه بالفحص المعتاد ، لم يعتبر بمجرد التسلم قابلاً بالعيب . فقد أعطى مهلة ، له فيها ، بل يجب عليه فيها ، التحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد ، وهذه المهلة حددها المشرع بأنها المهلة المعتادة وفقاً للمألوف فى التعامل . فإذا اشترى شخص قماساً من تاجر ، فالغالب أن يكون هذا القماش مطويّاً ، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر ، لم يعتبر المشتري راضياً به بمجرد تسلمه القماش المطوى ، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلى متجره ، وفى خلال المدة المألوفة فى التعامل نشر القماش المطوى وفحصه فلم يجد به عيباً أو وجده عن طريق الفحص المعتاد ، فسكت ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة ، هى أيضاً متروكة للمألوف فى التعامل . وإذا اشترى شخص سيارة ، فإنه لا يعتبر قابلاً بما فيها من عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر بمجرد تسلمها ، بل لا بد من مدة معقولة تمضى وفقاً للمألوف فى التعامل يتمكن فيها المشتري من تجربة السيارة وكشف ما فيها من عيوب عن طريق الفحص المعتاد ، فإذا وجد فيها عيباً ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة من وقت كشف العيب وفقاً للمألوف فى التعامل ، اعتبر راضياً بالعيب .

أما إذا كان العيب الذى بالمبيع عيباً خفياً لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، فإن المشتري لا يعتبر راضياً به إلا إذا كشفه ، بطريق فحص فنى مألوف أو فحص فنى متخصص بحسب الأحوال على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى خفاء العيب ، ولم يخطر به البائع بمجرد كشفه إياه . وهنا أوجب المشرع على المشتري أن يخطر البائع بالعيب بمجرد ظهوره فيجب عليه أن يبادر إلى هذا الإخطار دون إبطاء ، لأن العيب لم ينكشف إلا بعد فحص فنى ، فالوقت الذى كشفه فيه وقت محدد يمكن معه التثبت من عدم وقوع إبطاء فى الإخطار .

ونرى من ذلك أن المشتري ، حتى يستطيع الرجوع بضمان العيب على البائع ، يجب عليه إخطاره بهذا العيب عندما يكشفه على النحو الذى بيناه . ويجب أن

يكون الإخطار دون إبطاء أو في مدة معقولة يحددها المؤلف في التعامل بحسب الأحوال ، وذلك من وقت تسلّم المبيع تسليماً معيباً لا حكيماً . ولا يشترط شكل خاص في هذا الإخطار ، فيصح أن يكون بالإنذار على يد محضر ، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل ، بل يصح أن يكون شفويّاً ، ولكن على المشتري عبء إثبات حصول هذا الإخطار ، ويستطيع أن يثبتته بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لأنه واقعة مادية .

فاذا لم يقع الإخطار في الوقت الملائم ، اعتبر المبيع غير معيب أو اعتبر المشتري راضياً بالعيب الذي وجده فيه (١) ، وسقط على البائع الالتزام بالضمان حتى لو لم تكن دعوى الضمان قد تقدمت بانقضاء سنة من وقت تسلّم المشتري للمبيع على النحو الذي سنبيته فيما يلي . فدعوى الضمان إذن نسقط إما بعدم إخطار المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ولو قبل انقضاء سنة التقادم ، وإما بانقضاء سنة التقادم ولو وقع الإخطار بعد ذلك بل ولو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك (٢) .

وكل ما يجب على المشتري هو إخطار البائع بالعيب على الوجه الذي

(١) حل أن المشتري لا يعتبر راضياً بالعيب الذي وجده في المبيع عندما لا يتم الإخطار في الوقت الملائم إذا كان البائع سيئ النية ، أي إذا كان يعلم بوجود العيب وأخفاه هذا عن المشتري خطأً ، فإن الضمان يكون واجباً في هذه الحالة على البائع حتى لو اشترط عدم الضمان (م ٤٥٣ مدني) كما سنرى . وقد كان المشروع التمهيد للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى يقضي بأنه : إذا تعدد البائع تضليل المشتري ، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يحظر بالعيب في الوقت الملائم ، فحذف في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من الفروع العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٦ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) . وقد جاء في تقنين المراجعات والفقرات البنائية نص في هذا المعنى هو الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤٦ من هذا التقنين إذ تقول : « وفي مثل هذا الوقت يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على أثر اكتشافها ، وإلا يعد البيع مقبولا . غير أنه لا يحق للبائع السوء النية أن يتنزع بهذا الحكم الأخير » (أسرار آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ - ص ١٢٣ .

بيناه . فلا يجب عليه طلب معاينة المبيع بواسطة خبير لإثبات العيب ، وإن كان من جفته أن يفعل ذلك حتى يعد الدليل على العيب إذ هو المكلف بإثباته (١) .

٣٧٤ - دعوى ضمان المبيع التبيخ - النصوص القانونية :

تنص المادة ٤٥٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين في المادة ٤٤٤ ، (٢) .

(١) ولم يبين النص ماذا يفعل المشتري لو أن السلعة المبيعة التي اشتراها لم يتمكن من ردها فوراً إلى البائع وكانت مما يسرع إليها التلف ، وتغضى القواعد العامة في هذه الحالة بأن المشتري الاحتياطات اللازمة للحفاظ على السلعة ، ويستصدر عند الانتفاء أمراً من القضاء ببيعها صاحب البائع إذا خشي عليها تلفاً سريعاً . وقد حرص تقنين الموجبات والمقود البنائي إلى هذه المسائل بنصوص خاصة (م ٤٤٧ وم ٤٤٨ من هذا التقنين : أنظر آنفاً نفس الفقرة في الحاشي) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٦ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٦٣ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجاس الشيوخ تحت رقم ٤٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٨٨ - ص ١١٩) .

ويقابل في التقنين المدني السابق النصوص الآتية : م ٣٨٧/٣١٣ : البائع ضامن للمشتري المبيع الخفية في المبيع إذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له .

م ٣٨٨/٣١٤ : في الحالة الأخيرة من المادة السابقة وفي حالة ما إذا كان نقص القيمة بمقدار منه المشتري لا يمنع من الشراء ، يكون المشتري مخيراً بين نسخ البيع بغير إضرار بحقوق الدائنين برهن وبين طلب نقصان الثمن ، مع التضمينات في الحالتين إذا ثبت علم البائع بالعيب الخفى .
م ٣٨٩/٣١٥ : إذا كان البائع لا يعلم بالعيب الخفى الموجود في المبيع ، فالمشتري له الخيار فقط بين نسخ البيع مع طلب رد الثمن والمصاريف التي ترتبت على البيع ، وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٩٣/٣١٨ : إذا كان انيب الخفى الذي ترتب عليه نقصان قيمة المبيع لا يوجب الاستناع من الشراء لو اطلع عليه المشتري ، كان للمشتري الحق في تنقيص الثمن حسب تقدير أهل الخبرة .
م ٣٩٤/٣١٩ : وتنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية في حالة سلامته من العيب وقيمته الحقيقية في الحالة التي هو عليها ، وينطبقون نسبة هاتين القيمتين على الثمن المتفق عليه .

والآن نفرض أن المشتري قد أخطر البائع بالعيب في الوقت الملائم على

== (وتختلف هذه الأحكام أحكام التقنين الجديد كما هو واضح ، وسيرة بروت تمام اتبع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هي التي تسرى ، وإلا فأحكام التقنين الجديد - انظر في القانون المدني السابق الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد ركن فقرة ١٠١ - فقرة ١٠٧) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤١٨ (مطابقة المادة ٤٥٠ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٥ - فقرة ٢٠٦) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٩ (مطابقة المادة ٤٥٠ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ١/٥٥٨ : إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمن المسمى .

(والحكم يختلف من حكم التقنين المصري كما هو ظاهر . وقد تأثر التقنين العراقي بالفقه الحنفى في هذه المسألة ، فهو لا يميز في خبار العيب إلا الفسخ أو استيفاء المبيع بكل الثمن . فإذا ظهر الفسخ بتلزم رد المبيع ، جاز للمشتري في هذه الحالة إنفاذ الثمن . ويكون نقصان الثمن طبقاً لما قرره المادة ٥٦٥ عراق متفقة في ذلك مع أحكام الفقه الإسلامي إذ نقول : « بقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة » ، بأن يقوم المبيع سالماً ثم يقوم مبيعاً ، وما كان بين القيسيتين من التفاوت ينسب إل الثمن المسمى ، وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان » - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢ : ٧) .

تقنين المورجات والمقود البنيان م ٤٤٩ : إذا وجد ما يوجب رد المبيع إما لوجود عيب فيه وإما لخلوه من بعض الصفات ، حق للمشتري أن يطلب فسخ البيع وإعادة الثمن . ويحق له عبارة حل ما تقدم أن يأخذ بدل العطل والضرر في الأحوال الآتية : أولاً - عندما يكون البائع عالماً بعيوب المبيع أو يهدم اتصافه بالصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه يباع بدون ضمان . ويقدر أن البائع عالم بذلك إذا كان تاجراً أو صانعاً يبيع منتجات صناعته ، ثانياً - إذا صرح البائع بخلو المبيع من العيوب ، ما لم تكن هناك عيوب لم تظهر إلا بعد البيع أو كانت من العيوب التي يمكن أن يجهلها البائع من حسن نية . ثالثاً - إذا كان وجود الصفات التي تبين خلو المبيع منها مشروطاً بصراحة أو كان العرف التجاري يوجب وجودها .

م ٤٥٣ : يتم تخفيض الثمن بتقدير قيمة المبيع وهو في حالة السلامة وقت العقد من جهة ، ثم بتقدير قيمته في حالته الحاضرة من جهة أخرى . وعندما يكون البيع متشككاً حل عدة أشياء : مشتاة صفقة واحدة ، فيبني تقدير قيمتها على أساس قيمة جميع الأشياء التي تتألف منها المصفقة .

م ٤٥٤ : يجب على المشتري في حالة فسخ البيع أن يرد : أولاً - الشيء المصاب بالعيب الموجب للرد كما استلمه مع ما تبعة وما يهد جزراً منه وما التحقق به بعد إبرام العقد . ثانياً - ثمار المبيع من تاريخ فسخ البيع بالتراضي أو الحكم به وثماره السابقة لهذا التاريخ . أما إذا كانت الثمار غير متعقدة وقت البيع ، فيحق للمشتري أن يأخذها إذا جناها ولو قبل للتفروج كما يحق ==

الوجه الذى يبنىء ، فهو بعد هذا الإحطار يكون له الحق فى الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب ، وهى دعوى صاغها التقنين المدنى على غرار دعوى ضمان الاستحقاق الجزئى كما هى مقررة فى المادة ٤٤٤ مدنى . والشبه بين الدعويين واضح ، فى كليهما لم تبلغ خسارة المشتري ، من جراء الاستحقاق الجزئى أو العيب ، أن يضيع المبيع كله ، بل هو قد ضاع جزء منه أو من قيمته ولكنه جزء قد يبلغ من الجسامة حداً لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما المشروع (التقنين الجديد) فلم ير داعياً لتعدد الأحكام فى ضمان الاستحقاق وفى ضمان العيب ، فان الضمانين مردهما إلى أصول واحدة فى القواعد العامة . فالواجب إذن فى ضمان العيب تطبيق ما تقرر فى ضمان الاستحقاق . ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسمى يكون المشتري مخيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقاً لما تنقضى به القواعد العامة ، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة وما فاته من كسب بسبب العيب . وإذا لم يكن العيب جسماً ، فلا يكون للمشتري إلا التعويض . ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سيئ النية أى يعلم بالعيب ، أو حسن النية أى لا يعلم به . وفى الحالة الأولى يعرض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعاً ، وفى الحالة الثانية لا يعرض إلا عن الضرر المباشر المتوقع » (١).

فيجب إذن التمييز بين فرضين : الفرض الأول أن يكون العيب جسماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، والفرض الثانى أن يكون العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد بل كان لو علمه المشتري لأقدم على الشراء بالرغم من ذلك ولكن بشئ أقل .

== له أن يأخذ أيضاً الثمار الناضجة وإن كان لم يجنها . ويلزم من جهة أخرى : أولاً أن ينفق المشتري نفقات الزرع والرعى والصيانة ونفقات الثمار التى ردها المشتري إليه . ثانياً - أن يرد الثمن الذى قبضه مع نفقات المقد القانونية . ثالثاً - أن يعرض المشتري من الخسارة التى ألحقها المبيع ، إذا كان البائع محتالاً .

(وتختلف هذه الأحكام عن أحكام التقنين المصرى كما هو ظاهر) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٣ - ص ١٢٤ .

فى الفرض الأول ، إذا كان العيب جسماً إلى الحد السالف الذكر ، كان المشتري مخيراً بين رد البيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع والمضاربة بالمبالغ التى كان يطالب بها فى حالة الاستحقاق الكلى ، وبين استبقاء المبيع مع المضاربة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (١) . وفى الفرض الثانى ، إذا كان العيب لم يبلغ الجسمة المشار إليها ، لا يكون للمشتري إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . فالمشتري إذن ، عند رجوعه على البائع بضمان العيب ، له أن يرد المبيع ويطلب بمبالغ معادلة للمبالغ التى يرجع بها فى حالة الاستحقاق الكلى إذا كان العيب جسماً ولم يختار استبقاء المبيع . أما إذا كان العيب غير جسم ، أو كان جسماً واختار استبقاء المبيع ، فإنه يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (٢) . ونذكر الآن فى إيجاز عناصر التعويض فى الحالتين ، وفقاً لما جاء فى المادة ٤٤٤ مدنى وفى المادة ٤٤٣ مدنى التى أحيل إليها .

فى حالة رد المبيع إلى البائع (٣) ، يرد المشتري المبيع كما هو بالعيب اللاحق

(١) وله الخيار بين الدعويين ولا يتقيد بالدعوى التى قد يرفعها عليه من اشترى منه شئ المعيب وإذا رفع إحدى الدعويين ، فإنه أن يعدل عنها إلى الأخرى ما دام لم يصدر فى الدعوى الأولى حكم حاز قوة الأمر المقضى (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ مكررة ص ١٥ - بودرى وصينيا فقرة ٤٣٣ ص ٤٥١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) . وله أن يرفع دعوى رد المبيع المعيب بصفة أصلية ودعوى التعويض بصفة احتياطية ، أما إذا رفع دعوى رد المبيع المعيب وحدها ، ولم يعدل عنها إلى دعوى التعويض ولو بصفة احتياطية ، فإنه يتمرد على المحكمة أن تنضى بالتعويض إذ تكون قد حكمت بما لم يطلب منها (أنسيكلويدى دائور ٤ لفظ Vice Réd. فقرة ٧٩) . والواجب على كل حال ، فى مطالبة المشتري بضمان العيب ، أن يرفع على البائع دعوى أصلية أو فرعية ، ولا يكتفى بمجرد دفع يديه عندما يطالبه البائع مثلاً بانتمن (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) .

(٢) أما إذا لم يصب المشتري ضرر من العيب ، فإنه لا يرجع بشئ على البائع . فإذا اشترى صانع السفينة جهازاً من أجهزتها لتركيبه فى السفينة ، وكان هذا الجهاز معيباً ، ثم باع السفينة عندما تم صنعها ، ولم يرجع المشتري عليه بضمان عيب هذا الجهاز ، لم يكن لصانع السفينة أن يرجع على بائع الجهاز المعيب بشئ لانعدام الضرر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٤ هامش ١) .

(٣) ولا يكون هذا فسحاً لقباع بالرغم مما جاء بالمذكورة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ ، بل هو رجوع بضمان العيب على أساس بقاء البيع قائماً وهو مصدر الضمان كما هو الأمر فى ضمان الاستحقاق ، وقد سبق بيان ذلك .

به ، ويرد ما أفاده من ثمرات من وقت البيع . وبأخذ من البائع في مقابل ذلك :
(١) قيمة المبيع غير معيب وقت البيع ، مع الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت البيع على النحو الذي فصلناه في ضمان الاستحقاق الكلى ، ولا يكون هناك على المسؤولية بقيمة الثمار لأن الفوائد القانونية مقابل هذه الثمار (١) .
(٢) المصروفات الضرورية (٢) والمصروفات النافعة التي يكون قد أنفقها على المبيع ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية أى يعلم بوجود العيب في المبيع وقت تسليمه للمشتري (٣) . (٣) جميع مصروفات دعوى ضمان العيب الخفى ، وذلك في حالة ما إذا كان البائع قد اضطره إلى رفع هذه الدعوى ولم يسلم بالتزامه بالضمان عندما أخطره المشتري بالعيب في الوقت الملائم .
(٤) وبوجه عام التعويض عما لحق المشتري من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب على النحو الذى بسطناه في ضمان الاستحقاق الكلى . ويلاحظ أنه إذا كان البائع حسن النية أى لا يعلم بالعيب لم يكن مسئولاً إلا عن تعويض الضرر المتوقع الحصول وقت البيع ، أما إذا كان سيء النية أى يعلم بالعيب كان مسئولاً حتى عن الضرر غير المتوقع ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسئولية .

وفي حالة استبقاء المشتري للمبيع ، يكون له أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمته معيماً ، وبمصروفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها ، وبوجه عام ما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب مع

-
- (١) بلانير روبيير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .
(٢) وفي ضمان الاستحقاق لا يرجع المشتري على البائع بالمصروفات الضرورية لأنه يرجع بها على المستحق . أما ضمان العيب فلا يوجد مستحق ، ومن ثم يرجع المشتري بالمصروفات الضرورية على البائع فهو الذى يسترد المبيع .
(٣) والفروض أن البائع حسن النية حتى يقيم المشتري الدليل على أنه سيء النية . وإذا كان البائع قاجراً أو صانعاً يبيع السلعة المعيبة ، جاز القول بانفراض أنه عالم بالعيب ما لم يثبت هو حسن نية (أنظر م ٤٤٩ من تقنين الموجبات والالتزامات آنفاً نفس الفقرة في الحامش) .
وأنظر أيضاً في هذا المعنى أوبري وود ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٤ - بودى وسيتيا فقرة ٤٣٦ ص ٤٥٥ - بلانير وروبيير وهامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٣ - جوسران ٢ فقرة ١١٢١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٤ ص ٢٢٢ .

ملاحظة أن يكون البائع سبىء الية مسئولاً حتى عن تعويض الضرر غير المترفع كما سبق القول . ويجوز أن يكون التعويض في جعل البائع يصلح الميب إذا كان قابلاً للإصلاح ، أو أن يصلحه المشتري على نفقة البائع (١) .

٣٧٥ - هلك المبيع الميب - نصصرص قانونية : ونصر المادة ٤٥١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« نبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان (٢) » .

(١) أوبرى ورو • فقرة ٣٥٥ مكررة هامش رقم ١٤ - جيوار ١ فقرة ٤٥٧ - بودرى وسهيا فقرة ٤٣٤ - بلانول وريبر وهامل ١٠ فقرة ١٣٥ - ويشترط أن يكون الإصلاح ممكناً في مدة معقولة ، أما إذا كان يقتضى مدة طويلة يحرم في أنائها للمشتري من الانتفاع بالمبيع ، جاز له المطالبة بتعويض نقدي (أنسيكلويدى دالوز • لفظ Vice Réd. فقرة ١٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« نبقى دعوى الضمان ، حتى لو هلك المبيع بسبب الميب أو هلك قضاء وقدرًا » . وفى لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وذكر فى اللجنة أنه إذا هلك المبيع بفعل المشتري طبقت القواعد العامة إذ يتمتع على المشتري طلب الفسخ (أى طلب رد المبيع) ولا يرجع إلا بضمان الميب (أى بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الميب) . وصارت المادة رقمها ٤٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥١ (مجموعة الأعمال التشريعية • ص ١٢٠ - ص ١٢١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق : م ٤٠٠/٣٢٣ : إذا هلك المبيع بسبب الميب القديم فيكون هلاكه على البائع ، ويلزم حينئذ رد الثمن والمصاريف ودفع التضييعات على الوجه الموضح آنفاً بحسب الأحوال .

م ٤٠١ مغلط : إذا كان فى المبيع عيب قديم وهلك بالكلية بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى ، فهلاكه أيضاً على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتاً أو كان تقدير نقصان الثمن ممكناً فى الأحوال الجائز فيها نقصانه .

(وتختلف هذه الأحكام من أحكام التقنين الجديد كما هو ظاهر - والمعبرة بتاريخ إبرام البيع فى مريان أحكام التقنين الجديد - وانظر لى أحكام التقنين السابق الأستاذين أحمد نجيب الملاى وصامد زكى فقرة ٤١٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى المصرى م ١١٤ (مطابقاً لمادة ٤٥١ مصرى . وانظر فى تقانون المدنى السعودى

الأحكام مطلقاً للزرقا فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢١٠) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤٠ (مطابقاً لمادة ٤٥١ مصرى) .

وبفرض النص أن المبيع المغيب قد هلك بعد أن تعلمه المشتري ، لأنه لو كان قد هلك قبل التسليم فإن هلاكه يكون على البائع ولا محل لإذن لقيام ضمان المغيب . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بأن التقنين الجديد اكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى أو هلك المبيع . . حتى تنتفى الشبهة في هلاك المبيع قد يستطد دعوى الضمان (١) .

فهلاك المبيع المغيب إذن وهو في يد المشتري لا يسقط دعوى الضمان . فيجوز للمشتري دائماً أن يطالب البائع ، بالرغم من هلاك المبيع ، بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب على النحو الذى بيناه فى حالة استبقاء المشتري للمبيع . أما إذا كان العيب جسيماً إلى حد يسوغ للمشتري رد المبيع ، فلا يجوز شترى الرجوع على البائع بالتعويض الكامل عن كل المبيع إلا إذا كان هلاك بيع غير منسوب إلى فعله . فإذا كان الهلاك بسبب العيب أو كان بسبب أجنبي . . يكون غير منسوب إلى فعله ، ويكون له فى هذه الحالة أن يطالب البائع بالتعويض الكامل على النحو الذى يرجع به فى حالة الاستحقاق الكلى ، ولا يكون مطالباً برد المبيع (٢) لأن الرد استحالة عليه لا بفعله بل بسبب

== التقنين المدنى العراقى م ٥٦٤ : إذا هلك المبيع المغيب فى يد المشتري ، فهلاكه عليه ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن .

(وحكم التقنين العراقى يختلف عن حكم التقنين المصرى - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٢ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٠٧ - فقرة ٥٢٩) .

تقنين الموجبات والمقود البنائى م ٤٥٥ : لا يحق للمشتري استرداد شيء ولا خفض الثمن إذا كان لم يستطع رد المبيع فى الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة أو بظناً من المشتري أو من أشخاص هو مسئول عنهم . ثانياً - إذا كان المبيع قد سرق أو انتزع من المشتري . ثالثاً - إذا تحول المشتري المبيع إلى شكل لم يبق معه صالحاً لما أعد له فى الأصل .

م ٤٥٦ : إذا هلك المبيع بسبب العيب الذى كان مصاباً به أو بقوة قاهرة ناشئة من هذا العيب ، كان هلاكه على البائع ولزمه أن يرد الثمن . وإذا كان شيء التية ، لزمه أيضاً أن يؤدي بدل المثل والضرر .

(وحكم التقنين البنائى يختلف بعض الاختلاف عن حكم التقنين المصرى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ .

(٢) إلا ما صي أن يكون باقياً منه إذا كان الهلاك جزئياً .

أجنبي ، وإنما يرد إلى البائع ما أفاده من المبيع (١) . أما إذا كان الهلاك بفعله ، فإنه لا يستطيع الرجوع بتعويض كامل إذ قد تعذر عليه رد المبيع بسبب يرجع إلى فعله ، ومن ثم وجب عليه أن يكتب بمطالبة الدائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على السحر المبين في حالة استيفائه للمبيع (٢) .

٣٧٦ - بعض ظروف غير الهلاك نظراً إلى البيع العيب :
وقد بطراً على المبيع الميب ظروف أخرى غير الهلاك الذي سبق بيان حكمه ، وقد كان التقنين السابق يتناول هذه الظروف في شيء من الإسهاب ، ناقلاً في بعض الحالات أحكام الفقه الإسلامي . والفقه الإسلامي يعرف خيار العيب ، ويقرر فيه أحكاماً مفصلة معروفة ، لا يسار في بعضها المبادئ العامة للقانون المصري ، فلم ينقلها التقنين الجديد حتى يحتفظ لضمان العيب بالتناصق في أحكامه ، فوجب الرجوع في هذه المسائل إلى القواعد العامة (٣) .

(١) أنظر في هذا المعنى في حالة هلاك المبيع بسبب العيب المادة ٤٥٦ من تقنين الموجبات والعقود التي (آنفاً في نفس الفقرة في الهامش) . وفي التقنين الفرنسي (١/١٦٤٧) الهلاك على المشتري ولو هلك الشيء مبيعاً ، إلا إذا كان العيب هو سبب الهلاك ، أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي تحمل تبعته المشتري . وهذا الحكم متفق من الفقه الفرنسي (جوار ١ فقرة ٤٧٩ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش رقم ٢٢ - ولكن بودرى وسببا فقرة ٤٣٩ يدافعان عن هذا الحكم لاعتبارات عملية) . والتقنين الألماني (م ٤٦٢) يجعل هلاك المبيع الميب بسبب أجنبي على البائع لا على المشتري ، كما كان يفعل القانون الروماني (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٥٧ هامش ٤) - وهذا هو أيضاً رأي بوتيه (بوتيه في البيع فقرة ٢١٩) . ويدافع كولان وكايتان عن الحكم الذي قرره التقنين الألماني لاعتبارات عملية على عكس الاعتبارات العملية التي دافع بها بودرى وسببا عن الحكم الذي قرره التقنين الفرنسي : تعذر معرفة ما إذا كان المبيع قد هلك بسبب أجنبي أم بسبب العيب .

(٢) أنظر في هذا المعنى ما دار في لجنة المراجعة في شأن النص : آنفاً نفس الفقرة في الهامش . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٧ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٢٨ - الأستاذ محمد كامل عيسى فقرة ١٩١ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧٢ والأستاذ عبد المنعم الجبرائيل فقرة ٣٥٤ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٢ .

ولكن إذا كان استعمال المبيع لا يكون إلا باستهلاكه ، كالنفوس تفرس في الأرض ، كالسجاد يحتفظ بها ، جاز للمشتري أن يرجع بتعويض كامل دون أن يرد المبيع وإن كان قد هلك بعمد

(٣) نقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : دولم ير مشروع أن يغفل ما قرره التقنين الحال (السابق) بشأن ظهور عيب بالمبيع قبل التسليم أو بعده =

ونذكر من الظروف التي قد تطرأ على البيع المبيع ، غير الهلاك ، الظروف الآتية : (١) ظهور عيب جديد بالمبيع بعد التسليم (٢) تصرف المشتري في البيع المبيع (٣) تحول البيع المبيع إلى شيء آخر (٤) زوال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع (١) . ونبين في إيجاز ماذا يؤدي إليه تطبيق القواعد العامة في كل من هذه الظروف

= (٣١٦ - ٣١٧ / ٢٩٠ - ٢٩٢) ، وبشأن ظهور عيب جديد في البيع (م ٢٩٩ مخطئ) ، وبشأن هلاك المبيع بسبب العيب القديم أو بسبب عيب جديد أو بمحدث قهري (٢٢٢م / ٤٠٠ - ٤٠١) ، فهذه كلها تفصيلات يحسن الرجوع فيها إلى القواعد العامة ، واكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدر (٩٧ من الم شروع) ، حتى تقتضي الشبهة في أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) . (١) وقد تناول التفتين المدني السابق أيضاً تعيب بعض المبيع . فنصت المادة ٢٩٠ / ٣١٦ على أنه : في الأحوال التي يثبت فيها لشترى حق الفسخ إذا كان البيع في جملة أشياء معينة ، وظهر ببعضها عيب قبل التسليم ، فليس له فسخ البيع إلا في جميع المبيع . ونصت المادة ٣٩١ / ٣١٧ على أنه : إذا ظهر العيب بعد التسليم ، فللشترى فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط إذا لم يترتب على فسخ المبيع ضرر . ونصت المادة ٣٩٢ من التفتين المدني المختلط على أنه إذا كان المبيع في الأحوال المذكورة من الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض ، جاز لشترى ولو بعد التسليم فسخ البيع ولو في جزء من المبيع .

ولم ينقل التفتين الجديد هذه النصوص ، فتكون سارية على البيع الذي تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٥ . أما بعد ذلك فيجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن المبيع إذا تعيب في بعضه ، كان لشترى أن يرد كله ويأخذ تعويضاً كاملاً إذا كان العيب بحيث لو كان يطمه وقت البيع لما أقدم على الشراء . وله مع ذلك أن يرجع بتعويض من الضرر الذي أصابه بسبب العيب إذا اختار استبقاء المبيع أو كان العيب لم يبلغ من الجسامة الحد المشار إليه . وهذا كله إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة ، وإلا جاز رد البعض واستبقاء البعض الآخر . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٥ - الأستاذ محمد علي إمام ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧١ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٨١ - ص ٢٨٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٦ - ٢٠٧ - ويكون المبيع قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها بالنظر إلى الغرض المقصود منه ، وهذه مسألة واقع (هودى وسينيا فقرة ٤٤٠ - بلانيول وروبير ، حامل ١٠ فقرة ١٢٤) .

وقد أورد التفتين المدني العراقي في هذه المسألة نصاً تأثر فيه بالفقه الإسلامي ، إذ قضت المادة ٥٩١ من هذا التفتين بأن : ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً ، فإذا لم يكن سريقه ضرر كان لشترى أن يرد المبيع مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن ، وليس له أن يرد الجميع ما لم يرضى البائع . أما إذا كان هناك في تبريقه ضرر ، رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن .

فاذا ظهر عيب جديد بالمبيع بعد التسليم ، فظهور هذا العيب إذا كان بسبب أجنبي لا يمنع المشتري من رد المبيع وأخذ تعويض كامل ، لأن عيب المبيع بسبب أجنبي لا يمنع من ذلك فأولى ألا يمنع منه تعيب المبيع بعيب جديد بسبب أجنبي . أما إذا كان العيب الجديد بفعل المشتري ، كان هذا مانعاً من الرد ، ويقصر المشتري في هذه الحالة على أخذ تعويض من البائع بسبب العيب الجديد مع استبقاء المبيع (١) .

٣ وأورد تقنين الموجبات والمقود البناني في هذه المسألة النصوص الآتية : م ٤٥٠ : إذا كان المبيع منقداً هل مجموع أشياء معينة ، وكان قسم منها متعيباً ، حق للمشتري أن يطرد بالحق المنوخ له في المادة السابقة . وإذا كان المبيع من المثليات : فلا يحق للمشتري أن يطلب إلا تسليم كمية أخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب . غير أنه يبقى له حق المطالبة ببدل العطل وللررر عند الاقتضاء . م ٤٥١ : إذا كان المبيع عدة أشياء مختلفة مشتراه جملة بشئ واحد ، حق للمشتري ، حتى بعد الاستلام ، أن يفسخ البيع فيما يخص بالتعيب من تلك الأشياء ، وأن يصرد من الثمن جزءاً مناسباً له . أما إذا كانت الأشياء بما لا يمكن التفريق بينها بعون ضرر ، كأن تكون أزواجاً ، فلا يحق له إلا فسخ البيع كله . م ٤٥٢ : إن الفسخ بسبب عيب في أصل المبيع يتناول فروعه أيضاً ، وإن كان من الفروع شعباً على حدة . وعيب الفرع لا يفسخ بيع الأصل .

(وقد خرج التقنين البناني في بعض هذه النصوص هل قاعدة وحدة الصفقة) .

(١) وكان التقنين المدني المختلط (م ٣٩٩) يورد في هذه المسألة الحكم الآتي : « إذا حدث بالمبيع بسبب حادث قهري جديد . . أو كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشتري أو بفعل أي شخص آخر ، فلا يكون للمشتري الحق في فسخ البيع إلا إذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى أخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه . إنما يسوغ للمشتري أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبينة آنفاً مع مراعاة العيب الجديد أو التغير الذي حصل » . فهذا النص يمنح المشتري من رد المبيع حق لو كان العيب الجديد بسبب حادث قهري ، وهذا على خلاف مقتضى القواعد العامة كما بينا . ولما كان هذا النص في التقنين المختلط ليس له نص يقابل في التقنين الوطني ، فلا يطبق إلا في البيع الذي كان خاضعاً للتقنين المختلط وكان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وأورد للتقنين المدني العراقي (م ٤٦٢) في هذه المسألة الحكم الآتي وقد تأثر فيها بالفقه الإسلامي : « إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري ، فليس له أن يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه ، بل له أن يتألم بتنقيص الثمن ، ما لم يرض البائع بأخذه على محبه ولم يوجد مانع للرد . ٢ - فإذا زال العيب الحادث ، عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع » .

وأورد تقنين الموجبات والمقود البناني في هذه المسألة النصوص الآتية م ٤٥٧ : لا يبرأ

وإذا تصرف المشتري في المبيع المغيب ، فإن كان تصرفه بعد اطلاعه على العيب ، اعتبر هذا زولاً ضمناً منه عن ضمان العيب ، إلا إذا احتفظ بحقه قبل التصرف وعند ذلك لا يرجع إلا بتعريض عن العيب لأنه استبقى المبيع وتصرف فيه (١) ، أو إلا إذا رجع عليه من اشترى منه بضمان هذا العيب وعند ذلك يصح له هو أيضاً الرجوع على بائعه . وقد أورد التقنين المدني السابق نصاً في هذه المسألة يتفق مع هذا الحكم ، فقضت المادة ٤٠٣/٣٢٥ من هذا التقنين بأن : تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب يوجب سقوط حقه في طلب الضمان (٢) . أما إذا كان تصرف المشتري في المبيع المغيب قبل اطلاعه على العيب ، فإنه لا يستطيع في هذه الحالة رد المبيع إلى بائعه بالعيب ، إذ يتعذر عليه أن يسترده ممن اشتراه . هو ضامن للتعرض ، والاسترداد والضمان لا يجتمعان كما سبق القول . فلا يبقى

== لفسخ البيع ، ولا حق للمشتري إلا في المطالبة بتخفيض الثمن : أولاً - إذا تبيع المبيع خطأ منه أو من الأشخاص الذين يكون مثولاً عنهم . ثانياً - إذا استعمل المشتري المبيع استعمالاً يؤدي إلى نقص كبير في قيمته . ويسرى هذا الحكم إذا استعمل المبيع قبل علمه ، أما إذا كان الاستعمال بعد العلم بالعيب فنفسه . كالمادة ٤٦٢ م ٤٦٢ : يسقط حق المشتري في دعوى الرد : أولاً - إذا عدل عنها صراحة بعد وقوفه على عيب المبيع . ثانياً - إذا كان بعد وقوفه على العيب قد باع الشيء أو تصرف فيه على وجه آخر بصفة كونه مالكا . ثالثاً - إذا استعمل المبيع لنفسه الخاصة واستمر على هذا الاستعمال بعد وقوفه على العيب . ولا يسرى حكم هذه القاعدة على البيوت والمستغلات الأخرى الماثلة ، فإنه يمكن الاستمرار في سكناها أو استعمالها في مدة المدعاة بفسخ البيع . وهذه النصوص تتفق مع القواعد العامة ، ويتسق أيضاً مع هذه القواعد نص المادة ٤٥٨ من نفس التقنين ويقضى بأن : تنقيص الثمن الذي فاته المشتري من أجل عيب مسلم به لا يمنعه من طلب فسخ البيع أو تخفيض آخر في الثمن إذا ظهر عيب آخر .

(١) قارن الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٧ ،

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى في هذا النصد : ولم ير المشروع موجبا لإيراد ما تضمنته المادة ٤٠٣/٣٢٥ من التقنين 'الحالى' (السابق) وهي تقضى بأن تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب الخفى يوجب سقوط حقه في طلب الضمان ، فإن هذا حكم واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة " مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٤) . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدق العراقي ، فقد نصت المادة ٦٦ من هذا التقنين على أنه : إذا اطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ، ثم تصرف فيه تصرف الملاك . سقط خياره . أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٦٢ من تقنين الموجبات والمقود البناني وقد سبق ذكرها في الحاش من نفس الفقرة .

أمام المشتري الأول إلا الرجوع على بائعه بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب على الوجه الذي بيناه (١) . وهذا ما لم يرد المشتري الثاني المبيع بالعيب ، فعند ذلك يستطيع المشتري الأول عوايضاً أن يرد المبيع على بائعه ، بنفس العيب (٢) . وكنصر المشتري في المبيع المعيب ترتيبه عليه حقاً لتغير ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن (٣) .

وإذا تحول المبيع المعيب وهو في يد المشتري إلى شيء آخر ، فإذا كان هذا التحول بفعله ، فإن كان بعد إطلاعه على العيب سقط على البائع الضمان ، وإن كان قبل إطلاعه على العيب امتنع الرد ولم يستطع المشتري الرجوع على البائع إلا بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب (٤) . وإذا كان هذا التحول بسبب أجنبي لم يمنع التحول الرد ، لأن الهلاك بسبب أجنبي لا يمنع الرد فأولى ألا يمنعهم مجرد التحول (٥) .

وإذا زال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً إذا زال لا يرجع ، لم يعد للمشتري أن يرجع على البائع بشأن العيب ، لأن سبب

(١) بلائيول وريبير ومغال ١٠ فقرة ١٢٤ من ١٥١ .

(٢) بودوى وسينيا فقرة ٢٢٢ من ٤٤١ - ٤٥٢ - وقد ورد في المادة ٢١٤/٢٨٨ من القانونين المذكورين السابقين : ... يكون المشتري مخيراً بين نسخ البيع بتغير إقرار بمحقوق العيب ، وبين طلب نقصان الدين ، ويترجم هذا النص أن الفسخ مائل إذا ثبت تغير على المبيع حتى غير الرهن . ويظهر أن الفسخ لا يجوز من باب أول إذا ثبت التغير بدلاً من حق الرهن من الملكية ذاته ، إنما يحسن الرهن بالذكر لأن التغير المذكور السابق كان بمعنى منافية معادة بحماية الدائنين المرتجعين .

(٣) أبري ورد في فقرة ٢٤٤ مكررة من ٨٤ - بلائيول وريبير ومغال ٢٤ فقرة ٢١٤ من ١٤٠ ومن ١٤٢ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٢٧ - وغارن بودوى من ٢١٤ فقرة ٤٢٥ - وذلك ما لم يقض المشتري هذا الحق الذي وثبه للتغير ، كان دفع الدين للدائنين المرتجعين ويطلب الرهن .

(٤) بلائيول وريبير ومغال ١٠ فقرة ١١٧ من ١٤١ .

(٥) أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٤٤ من قانون الرهنيات والالتزامات السابقة ، وقد ذكرنا أيضاً فقرة ٢٧٤ من المذهب . وقد أورد القانونين المذكورين (م ٤٦٣) في هذا الشأن الحكم الآتي : ١ - زيادة على ما مال المشتري على المبيع فسخ التغير ، كبيع الميراث المبيع أو التغير في الأركان المبيعة أو ظهور الناس في الشجر المبيع ، ٢ - فإذا كان في المبيع زيادة عائدة من الرد ، ثم أطيح المشتري من حيث تقديم اليد ، فقام بوجوب المالك السابق فله ضمان التغير ، ويترجم الرد ولو أنه لا يمنعهم بأوجب أساساً .

العيان قد زال لا إلى رجعة فبزول الضمان بزوال سببه . وقد نص تقنين الرجبات والعقود البناني على هذا الحكم صراحة ، فقضت المادة ٥٩٩ من هذا التقنين بأن دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى تخفيض الثمن أو في أثناءهما ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً وغير قابل للظهور ثانية . ولا يجرى هذا الحكم إذا كان العيب قابلاً بطبيعته للرجوع .

٣٧٧ - نفاد رم دعوى ضمان العيب التقى - نصوص قانونية :

نص المادة ٥٢٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لنفاذ التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشاً منه ، (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٨ من المشروع التمهيدى على رجة مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٥ من المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٢ وص ٢٢٥) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٤/١٠٢ ، ويجري على الوجه دلالته : يجب تقديم دعوى الضمان الناشئة عن وجود عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها ، وإلا سقط الحق فيها . وبخالف هذا النص نص التقنين الجديد في أمور ثلاثة : أولاً - مدة التقادم في التقنين الجديد سنة ، وهي ثمانية أيام في التقنين السابق . ثانياً - وهي مدة تقادم في التقنين الجديد ، ومدة سقوط لا مدة تقادم في التقنين السابق (الأستاذان أحد نجيب الهلاك وحامد رزق فقرة ٤١٦) - ثالثاً - وتسرى المدة في التقنين الجديد من وقت التسليم ، وفي التقنين السابق من وقت العلم اليقيني بالعيب (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ، رقم ٤٧ ص ٣٠٧) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : وعدل المشروع أحكام المادة ٢٢٤/١٠٢ من التقنين المدني الخالي (السابق) ، وهي تقضى بوجوب تقديم دعوى الضمان الناشئة عن عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها وإلا سقط الحق فيها . فراعى أن هذه مدة قصيرة لا تكاد تتسع لرفع الدعوى ، وقرر أن التقادم لا يتم =

وري من ذلك أن مدة التقادم في دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة ٤٤

== إلا بإتضاء سنة من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك (م ٩٧٠ من المشروع) ، فأما المدة إلى سنة ، ولكنه جعلها قسرى من وقت التسليم لا من وقت العلم بالعيب وهذا أكثر تحقياً لاستمرار التعامل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) . وإذا كان التقنين السابق جعل المشتري يبادر إلى رفع الدعوى في ثمانية أيام ، فإن التقنين الجديد جعله يبادر إلى إخطار الدائم بالعيب في خلال مدة معقولة ثم يرفع الدعوى خلال سنة من وقت تسليم المبيع .

ومدة سقوط في التقنين السابق بوجه عام أقصر من مدة التقادم في التقنين الجديد ، ولكن قد تكون أطول إذا لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد نحو سنة من تسليم المبيع بحيث أنه لو ضم إلى هذه المدة ثمانية أيام كان المجموع أطول من سنة .

ويبدو أنه لا محل لتطبيق المادة ٨ مدنى في تنازع التقنينين الجديد والسابق من حيث الرمان ، لأن المدة في التقنين السابق مدة سقوط وهى مدة تقادم في التقنين الجديد كما سبق القول . ومن ثم يصرى التقنين السابق في عقود البيع التى أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٩ ، وبصرى التقنين الجديد في عقود البيع التى أبرمت بعد ذلك .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين الهندى السورى م ٢٠ ، (مطابقة لمادة ٤٥٢ مصرى - وانظر فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٥) .

التقنين المدنى الليبى م ٤٤١ (مطابقة لمادة ٤٥٢ مصرى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٧٠ - ١ - لا نسع دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول . ٢ - وليس للبائع أن ينسك بهذه المدة لمرور الزمان إذ ثبت أن إخفاء العيب كان بنش منه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصرى ، فيما عدا أن المدة في التقنين العراقى سنة أشهر رضى في التقنين المصرى سنة - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٨ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٣٨ - فقرة ٥٤٢) .

تقنين الموجبات والمفرد اللبناني م ٤٦٣ : إن الدعوى الناشئة عن وجود عيوب موجبة لرد المبيع أو عن خلوه من الصفات الموعود بها يجب أن تقام على الوجه التالى وإلا سقط الحق فى إنائها : (١) تقام من أجل الأموال الثابتة فى خلال ٣٦٥ يوماً بعد التسليم . (٢) وتقام من أجل المنقولات والحروانات فى خلال ثلاثين يوماً بعد التسليم على شرط أن يرسل إلى البائع البلاغ المصرح عليه فى المادة ٤٤٦ . وهاتان المهلتان يمكن تمدد يدهما أو تقصيرهما بالتدافى المتعاقبين . (ومناك فرقان بين أحكام التقنين اللبناني وأحكام التقنين المصرى : (١) المدة فى التقنين اللبناني ٣٦٥ يوماً المقارن وثلاثون يوماً للمنقول ، وهى فى التقنين المصرى سنة لكن من المقارن المنقول . (٢) يمكن الاتفاق على تقصير المدة فى التقنين اللبناني ، ولا يمكن ذلك فى التقنين المصرى) .

وذلك حتى يستقر التماس ولا يكون البائع مهدداً بهذا الضمان أمداً طويلاً يتعطل به التعرف على منشأ العيب وهل هو قديم فيضمن أو حادث فلا يضمن . والمدة كما نرى سنة واحدة تسرى من وقت تسلم المشتري للمبيع ، ففى هذا الوقت يصبح من الممكن للمشتري أن يفحص المبيع ليتبين ما إذا كان فيه عيب مرجح . بيان (١) . ومتى انقضت السنة سقطت بالتقادم دعوى ضمان العيب الخفى ، حتى لو كان المشتري لم يعلم بالعيب إلا بعد انقضاء هذه السنة ، فقد أراد المشرع أن يقرر التعامل كما قدمنا ، ففى سلم البائع المبيع للمشتري وانقضت سنة على هذا التسليم أمن البائع تبعة ضمان العيب الخفى واطمأن إلى استقرار الصفقة ، غير ملق بالآلى ما إذا كان المشتري سيطلع فيما بعد على عيب فى المبيع .

ومدة السنة يجوز قطعها وفقاً للقواعد المقررة فى قطع مدد التقادم (٢) ، ولكنها لا ترقف فى حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو فى حق الغائب أو فى حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، ولو لم يكن له نائب يمثله قانونياً ، لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدنى) . وتوقف المدة إذا وجد سبب لرقف غير الأسباب المتقدمة (م ١/٣٨٢ مدنى)

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة ، لأن الأصل أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم فى مدة تختلف عن المدة التى عينها القانون (٣) . وإذا كان

(١) ولذلك يجب أن يكون التسليم فعلياً ، فلا يكفى التسليم الحكى ، ولو أن المادة ٤٥٢ مدنى فى حالت هذه لم تصرح بذلك كما صرحت المادة ٤٣٤ مدنى فى خصوص العجز والزيادة فى مقدار المبيع (أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٠ ولكن قارن ص ٣٢٧ دامش ١ - وأنظر الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٥ - الأستاذ جيل الشرقاوى ص ٢٨٤ - ص ٢٨٥ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٣٥١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤) . (٢) ولا يكفى إخطار البائع بالعيب لقطع التقادم ، بل يجب لقطعه عمل تتوافر فيه الشروط التى يتطلبها القانون .

(٣) أنظر مع ذلك ما جاء بالذكر الإيضاحية لمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٢٧) من أنه يجوز الاتفاق على إنقاص مدة السنة ، وهو غير صحيح - قارن الأستاذ أنور سلطان ، فقرة ٢٨٥ - والأستاذ محمد على إمام ص ٤٩١ - والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٦ - ص ٢٨٧ - والأستاذ جيل الشرقاوى ص ٢٨٨ - والأستاذ عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٢٥١ ص ٤٢١ وفقرة ٣٤٧ - والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٤١٠ ، ويلعبون مع الذكرة الإيضاحية إلى برار الاتفاق على إنقاص مدة التقادم .

يجوز الاتفاق على إطالة السنة ، فذلك لأنه ورد في هذا الشأن نص صريح ،
إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٥٢ مدني : « ما لم يقبل
البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول » . وإذا أضفنا إلى ذلك الفقرة الثانية من
المادة ٥٢ مدني ، تبين أن مدة التقادم في ضمان العيب انحنى تكون أطول من
سنة في حالتين : (١) إذا انقضى المتعاقدان على إطالة مدة السنة . كذلك يجوز
بعد تمام السنة أن ينزل البائع ولو ضمناً من التقادم بعد أن اكتمل ، وفقاً
للقواعد العامة (م ٢/٣٨٨ مدني) . (٢) إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعدد
إخفاء العيب عنه غشاً (١) ، فعند ذلك تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من
وقت البيع لا من وقت التسليم ، رجوعاً إلى الأصل بعد أن خرجنا من نطاق
الاستثناء . فإذا كشف المشتري العيب الذي أخفاه عنه البائع غشاً حتى بعد
انقضاء السنة ، كان له أن يرفع دعوى ضمان العيب في خلال خمس عشرة سنة
من وقت البيع كما قدمنا (٢) .

٥ ٣ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب الخفي

٣٧٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٥٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن
يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا
كان البائع قد تعدد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » .

(١) ولا يمكن مجرد علم البائع بالعيب ، فلو علم بالعيب ولكن لم يتعد إخفاءه غشاً كانت
مدة التقادم سنة من وقت التسليم .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ثم أجاز (المشروع)
أن تطول السنة في حالتين : (أولاً) إذا قبل أن يلتزم بالضمان لمدة أطول ، وهذا اتفاق
على تعديل الضمان بالزيادة فيه وسبب ذكر ذلك . (ثانياً) إذا تعدد البائع إخفاء العيب عن
منه ، فلا تسقط دعوى الضمان في هذه الحالة إلا بخمس عشرة سنة » مجموعة الأعمال التحضيرية ،

ص (١٢٤) .

(م ٤٨ - الترتيب ج ١)

وتمت الإشارة على ما يأتي :

« إذا تضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل في البيع ،
فعل أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع
الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار والإسقاط حقه في الصيانة ، كل
هذا ما يتفق على غيره » (١) .

وقابل الاسم الأول في التفتيش المدنى السابق المادة ٣٢١/٣٩٦ (٢) . ولما قبل
النص الثاني ولكنه تطبق للقواعد العامة إلا بما يتعين بالمواعيد المذكورة فيه .

(١) تاريخ النصوص

م ٤٥٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر
عليه في التفتيش المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي يذكر بشتل كل عبارة
« لفائدة » الواردة في آخر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٤٦٦ في المشروع
النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة الشيوخ عبارة « عاينه » في « ترانس »
وله أصبح رقم ٤٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدلته لخته (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٤ ص ١٢٦ - ١٢٨)

م ٤٥٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٠١ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر
عليه في التفتيش المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي كان يجعل المدة التي ترفع فيها
الدعوى ستة لا ستة شهور ، ولم يشتل على عبارة « كل هذا » . ثم يتفق على غيره « الواردة في آخر
النص » . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد تعديل المدة التي « فيها الدعوى من ستة إلى ستة شهور »
وأصبح رقم ٤٦٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة مجلس الشيوخ
عبارة « كل هذا ما لم يتفق على غير » في آخر النص ، وأن الأحكام الواردة في النص من قبيل
القواعد المنسقة التي يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وأصبح رقم النص ٤٥٤ . ووافق مجلس الشيوخ
عليه كما عدلته لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٠ - ١٣١)

(٢) التفتيش المدنى السابق م ٣٩٦/٢٢١ : وكذلك لا يكون وجه لصيانة البائع إذا كان قد
اشترط عدم ضمانه كضمان الخفية إلا إذا ثبت علمه بها .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص : « يقتصر التفتيش
الحالي (السابق) في خصوصه على صورة إسقاط الضمان ، فيقرر بقرار ذلك ما لم يكن قد ثبت علم
البائع بالخفية (م ٢٢١/٣٩٦) . أما المشروع فيشترط لبيان شرط الإسقاط أن يكون البائع
قد علم بالخفاء كالمطلب كما تقدم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) . انظر في القانون
المدنى السابق أن قانون الجلب الأول وجراد ذلك فترة ٤١٣ - وانظر في صيانة الميراث
التفتيش الجديد من حيث كونه لا يملك بغيره ٣٧٩ في المادتين

وبدليل النصان في التفهيمات المدنية العربية : في التفتين المدني للسوري
المادتين ٤٢١ و ٤٢٣ - وفي التفتين المدني البي المادتين ٤٤٢ و ٤٤٤ - وفي
التفتين المدني العراقي المادتين ٥٦٧ - ٥٦٨ - وفي تفتين الموجبات والمقود
البناني المادتين ٤٦٠ - ٤٦١ (١) .

ونحن من هذه النصوص أنه قد يقع اتفاق بين المتبايعين على تعديل أحكام
ضمان العيب الخفي كما أوردناها فيما تقدم ، وقد يتخذ هذا الاتفاق صورة
خاصة هي ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل . فنبحث كلا من المسألتين .

٣٧٩ - تعديل أحكام ضمان العيب الخفي باتفاق خاص : أحكام
ضمان العيب الخفي ، كأحكام ضمان التعرض والاستحقاق ، ليست من النظام

(١) التفهيمات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٢١ و ٤٢٣ (مطابقتان
لمادتين ٤٥٣ و ٤٥٥ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا
فقرة ٢١١ - فقرة ٢١٣) .

التفتين المدني البيبي م ٤٤٢ و ٤٤٣ (مطابقتان لمادتين ٤٥٣ و ٤٥٥ مصري) .
التفتين المدني العراقي م ٥٦٧ : ١ - إذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشترى المشتري بالعيب
أدى سماع له ، فلا خيار له في رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر . ٢ - وإذا اشترط
البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب .
ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت انعقد ومن العيب الحادث بعده قبل
القبول ، وفي هذه الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث .
م ٥٦٨ : ١ - يجوز أيضاً للمتعاقدين باتفاق خاص أن يحدد مقدار الضمان . ٢ - عل أن
كل شرط يقطع الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد قصد إخفاء العيب .
(وأحكام التفتين العراقي في مجموعها كأحكام التفتين المصري ، وانظر ما سنذكره فيما يل
فقرة ٣٧٩ في الهامش . ولم يذكر ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان ليس
إلا تطبيقاً لقواعد العامة - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حمر اندونون فقرة ٢٦٤) .
تفتين الموجبات والمقود البناني م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن
العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسئولاً ، حتى
عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها ، إذا صرح البائع بخلو المبيع منها .
م ٤٦١ : لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة : أولاً - إذا
صرح بها . ثانياً - إذا كان قد اشترط أنه لا يتحمل ضماناً ما .

العام (١) ، فمجرد للمتبايعين أن يتفقا على تعديلها . والتعديل قد يكون - كما
في ضمان التعرض والاستحقاق - بالزيادة أو بالإسقاط .

فالانفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى
التعويض المستحق عند تحقق الضمان . مثل الزيادة في أسباب الضمان أن يشترط
المشتري على البائع أن يضمن له كل عيب في المبيع لم يبينه وقت التسليم حتى
لو أمكن تبينه من طريق الفحص بعناية الرجل العادي ، أو أن يتفق معه على
اطالة مدة التقادم فتكون أكثر من سنة وقد سبق ذكر ذلك . وضمان البائع
صلاحية المبيع للعمل إنما هو ضرب من الانفاق على زيادة أسباب الضمان كما
سنرى . ومثل زيادة مدى التعويض عند تحقق الضمان أن يشترط المشتري ،
إذا ظهر عيب في المبيع يجزئ رده على البائع ، أن يسترد المصروفات الكمالية
حتى لو كان البائع حسن النية ، أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالماً
وغيره . فكل هذه الشروط التي من شأنها أن تزيد في ضمان البائع للعيب الخفي
ثائرة ، ويجب العمل بها .

والانفاق على إنقاص الضمان قد يتعلق أيضاً إما بأسباب الضمان وإما بدعوى
التعويض . مثل إنقاص أسباب الضمان أن يشترط البائع على المشتري ألا يضمن
له عيباً معيناً يذكره بالذات ، أو ألا يضمن له العيوب التي لا تظهر إلا بالفحص
الفني المتخصص (٢) . وقد قدمنا أنه لا يجوز إنقاص الضمان من ناحية الانفاق
على تقصير مدة التقادم ، بالرغم مما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع
التهدي في هذا الصدد . ومثل إنقاص مدى التعويض أن يشترط البائع على
المشتري ، إذا ردد المبيع المعيب عليه ، ألا يرد للمشتري إلا أقل القيمتين قيمة
المبيع سليماً أو الثمن ، أو ألا يرد إلا قيمة المبيع سليماً دون أن يدفع أى تعويض
آخر . وقد يتفق بائع السيارة مع المشتري على أنه إذا ظهر عيب في بعض أجزاء

= (وأحكام التقنين اللبناني في مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصري ، ولم يذكر
التقنين اللبناني ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان تطبيق القواعد العامة) .

(١) استئناف مئط ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٤٢٥ .

(٢) وكاشترط البائع عدم ضمان لون المبيع وصبغته (أنسيكلويدى دالوزة انظر Vice Réd.

ص ٤١ - الاستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٤) .

السيارة انحضر الضمان في استبدال أجزاء سليمة بهذه الأجزاء المعيبة في خلال مدة معينة (١). فكل هذه شروط جائزة ، ويجب العمل بها . إلا أنه يشترط في صحتها ألا يكون البائع عالماً بالعيب الذي اشترط عدم ضمانه فتعماً لإخفائه عن المشتري غشاً منه ، ذلك أنه لا يستطیع شخص أن يدعي نفسه بالتدقيق خاص من المسؤولية عن غشه (٢) . ولا يكفي أن يكون البائع عالماً بالعيب ، بل يجب أيضاً أن يعتمد إخفائه . فإذا كان البائع عالماً بالعيب ولم يعتمد إخفائه عن المشتري واشترط عدم ضمانه لهذا العيب ، جاز شرط عدم الضمان . وفسر ذلك بأن البائع قد نبه المشتري باشتراطه عدم الضمان إلى احتمال وجود العيب ، ولم يفعله بتعمد إخفاء العيب عنه ، فقبل المشتري تحمل هذه المخاطرة ، ولا بد أن يكون قد روعى ذلك في تقدير ثمن المبيع . ويقرب من هذا أن يكون العيب ظاهراً أو في حكم الظاهر أو معلوماً من المشتري ، فقد قدمنا أن البائع لا يضمنه . فكما أن إخفاء العيب شرط في وجوب الضمان ، كذلك ظهور العيب أو علم المشتري به هو بمثابة اتفاق ضمني على عدم الضمان .

والاتفاق على إسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع . وبصح هذا الشرط ، فلا يكون البائع ضامناً لأي عيب يظهر في المبيع (٣)، حتى لو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يعتمد

(١) بلانيول وريير وهامل ١٠ فترة ١٢٩ من ١٥٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على زيادة الضمان كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرفع الدعوى ، أو على إنقاصه كما لو اشترطت مدة أقل من سنة (؟) أو اشترط قصر الضمان على العيوب التي لا تظهر إلا بعد التفتيش » أو على إسقاط الضمان أصلاً . غير أن الاتفاق على الإنقاص أو الإسقاط باطل إذا اقترن بتعمد البائع لإخفاء العيب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ١٢٧) .

(٣) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٧ ، من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود في المبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب . ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث ، » (أنظر أيضاً فقرة ٢٧٨ في الماشق) ، وظاهر من هذا النص أن شرط براءة البائع عن كل عيب شرط =

١ - ما عن المشتري (١) ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخبار كما رأينا في ضمان التعرض والاستحقاق ، ويراعى ذلك عادة في تقرير فمن المبيع . ونرى من ذلك أن شرط إسقاط الضمان لا يصح إذا كان البائع عالماً بميب في المبيع وتعمد إخفاءه عن المشتري غشاً منه ، لأنه يكون في هذه الحالة لا بشرط عدم مسئولته عن الغش وهذا لا يجوز (٢) .

١٨٠ - ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل : في بعض الأشياء الدقيقة

الصنع السريعة الخلل ، كالآلات الميكانيكية والسيارات والساعات والثلاجات والدفايات والبطاريات الكهربائية وأجهزة الراديو ، يشترط المشتري على البائع أن يضمن له صلاحية المبيع للعمل لمدة معينة ، سنة أو سنتين أو نحو ذلك . فالمشتري في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع ، لأنه لا يشترط خلل المبيع من العيوب

مطلق يمس العيب الموجود بالمبيع وقت البيع والعيب الحادث بعده وقبل القبض ، أما شرط مسؤولية البائع من كل عيب موجود بالمبيع فقد أريد به تخصيص العيوب الموجودة بالمبيع وقت البيع لأنها هي العيوب التي كانت موجودة في هذا الوقت فلا ينصرف الشرط إلى غيرها . وقد سائر في العراق في هذا الحكم الفقه الحنفى على خلاف في هذا الفقه . والمعبرة في القانون المصري بتفسير نية المتعاقدين ، فإن أراد الإطلاق يرى البائع من ضمان كل العيوب ويدخل العيب الحادث - البيع وقبل القبض ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب موجود بالمبيع . وإن أراد التخصيص يرى البائع من ضمان العيوب الموجودة وقت العقد دون العيوب التي تحدث بعد ذلك ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب .

(١) وكان التفتين المدني السابق (م ٣٩٦/٣٢١) يقضى بغير ذلك ، فكان لا يصح شرط باطلا الضمان إذا ثبت علم البائع بالعيب (أنظر آند مرة ٣٧٨ في الماش) . والمعبرة بتاريخ البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بالعيب باطلاً ، وإلا كان صحيحاً وفقاً لأحكام التفتين الجديد .

وفي التفتين المدني الفرنسي (م ١٦٤٣) لا يجوز شرط إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب ، كما كان الأمر في التفتين المدني المصري السابق . وانقسم الفقه الفرنسي في إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب إذا كان المشتري قد اشترى ساقط الخبار (à ses risques et périls) ، فرأى يذهب إلى إسقاط الضمان (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٥ وهامش ٢٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٩ ص ١٦٥) ، ورأى يذهب إلى عدم إسقاطه (لوران ٢٤ فقرة ٣٠٥ - جوار ١ فقرة ٣٥٤ - بودرى وسينيا فقرة ٤٢١) .

(٢) ومثل ذلك أن يكون العيب ناشئاً من فعل البائع ، فيكون باطلاً الاتفاق على عدم ضمان العيب أو الاتفاق المطلق على إسقاط الضمان (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٦) .

فحسب ، بل يشترط أيضاً صلاحية المبيع للعمل بنقطع النظر عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن (١) . والذي يعنى المشتري في مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحاً للعمل ، ولا يعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعاً إلى عيب معين . ذلك أن تركيب المبيع في هذه الحالات يتضمنى مرادة دقة ثبوت ، أى خلل فيها يجعل المبيع غير صالح للعمل ، دون أن يمكن إسناد ذلك إلى عيب بالذات . ومن هنا يجيء احتياط المشتري ، فيحصل من البائع على ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ، ويضمن بذلك إلى أنه اشترى شيئاً صالحاً للعمل لمدة المدة على الأقل ، ويقلب أن المبيع إذا صالح للعمل هذه المدة يكون صالحاً للعمل بعد انقضاءها إلى المدى المأثوف في التعامل . وهذا الشرط جائز ، ويجب العمل به .

ويتميز هذا الضمان الخاص عن زيادة الضمان بوجه عام فيما يأتي :

أولاً - أنه يجعل الضمان شاملاً لأي نوع من الخلل في المبيع حتى لو لم يكن هذا عيباً ، فيكفى ألا يكون المبيع صالحاً للعمل حتى يتحقق الضمان (٢) . وعنى عن البيان أن هذا الضمان لا يمنع ضمان البائع للعيوب الخفية ، فيضمن ظهور عيب في المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح (٣) ، كما عيب في طلاء الساعة الخارجى (٤) ، فتسرى القواعد المقررة في ضمان العيب الخفى ومن أهمها أن تكون مدة التقادم سنة لا ستة شهور وأن يكون الإخطار في الوقت الملائم لا في مدة شهر (٥) .

(١) قانون الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ٩٩ - وقد يرجع عدم صلاحية المبيع للعمل إلى عيب ظاهر غير خفى ، فيضمنه البائع بالرغم من ظهوره وعدم إخفائه ، ومن ثم كان هذا الشرط زيادة في الضمان المتأخر (بودرى وسيتيا فقرة ٤٢٤ ص ٤٤٤) .

(٢) وذلك ما لم يكن عدم الصلاحية للعمل راجعاً إلى المشتري ، كأن تقتطع الدائمة من يده فتتكسر (الأستاذ منصور ومصطفى منصور فقرة ٢١١) .

(٣) بلانويول وريبير ويولانجيه ٢ فقرة ٢٤٨٩ .

(٤) الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ٢٦١ .

(٥) أسرار كوريبي دالموز e لd Vice Réd. فقرة ٧٤ - ويكون هذا بصحبة إرادة

المتعاقدين ، فإن كانا يريدان - على هذا التفسير - ضمان كميوب الخفية لم يكن أثر الأخير من إلى جانب ، وإن كانا يريدان هذا الضمان بالإضافة إلى ضمان كميوب الخفى دون أن يراعى عيب الباع فإنه لا يرد الإفادة . أظهر في هذه المسألة من أن يقرباً يربط الضمان

أولاً - أن يقرن بمدة معينة يكون فيها البائع مسئولاً عن الضمان ، وهي مدة يقدر المشتري أنها تكفي لتجربة صلاحية الشيء للعمل كما إذا كان المبيع ساعاً أو سيارة ، أو أنها تكفي لاستهلاك المبيع ذاته كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية .

ثانياً - أن المدة التي يجب فيها أن يخطر المشتري البائع بالخلل هي شهر من وقت ظهوره ، وإلا سقط الضمان . وفي الضمان العادي لم تحدد مدة للإخطار ، بل يكون ذلك في الوقت الملائم كما سبق القول . ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان في الحالة التي نحن بصددتها على أن تكون مدة الإخطار أكثر من شهر أو أقل ، فليست أحكام هذا النص من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها كما ورد صراحة في النص (١) .

ثالثاً - أن المدة الواجب رفع دعوى الضمان فيها هي سنة شهور من وقت الإخطار . وفي الضمان العادي المدة سنة من وقت تسليم المبيع كما قدمنا . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون المدة أقل من سنة شهور . فليست المدة هنا مدة تقادم بل هي مدة سقوط وهي ليست من النظام العام فتجوز إطالتها ويجوز تقصيرها باتفاق خاص . أما مدة السنة في الضمان العادي فهي مدة تقادم ، تجوز إطالتها ولا يجوز تقصيرها كما سبق القول .

رابعاً - يكون التعويض عادة في هذا الضمان أن البائع يصلح المبيع حتى يعود صالحاً للعمل ، وإذا لم يكن قابلاً للإصلاح أبدله بمثل له يكون صالحاً (٢) .

= احلال هذا الضمان محل العيوب الخفية بلانير وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ ص ١٦١ .
ويطلب أوبري ورو إلى أن المفروض في هذا الضمان أنه يمنع الضمان الخاص العادي ما لم يكن البائع يعلم بالعيوب فيضمن الضمان العادي إلى جانب الضمان الخاص (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٨) .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٣١ - ويجوز رفع دعوى الضمان مباشرة ويعتبر إعلان صحيفتها إخطاراً كافياً ، ولكن المشتري يمرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٤٢٤ - بلانير وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٨ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٩٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٥٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى خصوص النص ادى نحن بصديده ما يأتى : « هذا نص جديد نقل عن المشروع الفرنسى الإبطائى (م ٣٧٤) ، ولا نظيره فى التقنين الحالى (السابق) . ويقصده ضمان صلاحية للبيع فى الأشياء الدقيقة كآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك . فاذا وجد شرط صريح بضمان البائع لصلاحية المبيع للمعدل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة ، فالواجب أن يخطر المشتري البائع مدة شهر من ظهور الخلل والإسقاط حقه فى الضمان ، وأن يرفع الدعوى فى مدة سنة (سنة أشهر) من هذا الإخطار . ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيفة الإخطار كفاً ، ولكن المشتري يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه . ويلاحظ أن ميعاد الإخطار فى هذه الحالة الخاصة قد تحدد بشهر ، خلافاً لحالة ضمان العيب بوجه عام حيث نص على أن الإخطار يكون فى الوقت الملائم . وغنى عن البيان أنه يجوز الاتفاق على تعديل ميعاد أشهر والسنة (والسنة الأشهر) (١) . »

٤٥ - تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية

٣٨١ - بعض النظم القانونية التى تقارب ضمان العيوب الخفية :
الآن وقد فرغنا من بسط أحكام ضمان العيوب الخفية فحددنا هذا الضمان ، فسأكمل تحديده بتمييزه عن بعض النظم القانونية الأخرى التى تقاربه وقد تلتبس به فى بعض الحالات . ونذكر من هذه النظم الغلط والتدليس والفسخ لعدم التنفيذ والعجز فى المقدار وضمان الاستحقاق الجزئى .

== وهذا حتى لو لم يذكر كيف يكون التمريض . فإذا كان إصلاح المبيع متعذراً ، رجع المشتري على البائع وفقاً للقواعد المقررة فى ضمان العيب الخلق ، فبدر المبيع أو يستبدله مع التمريض إذا كان العيب جسيماً ، وإذا كان العيب غير جسيم اكتفى بالتمريض (الأستاذ أنور سلطان لقطة ٢٨٨) . ويجوز الاتفاق على تعديل مدى التمريض ، بأن يشترط المشتري رده المبيع ولو لم يكن العيب جسيماً أو يشترط البائع عدم رده ولو كان العيب جسيماً (الأستاذ محمود - طر منصور ص ٢١٢) .

٢٨٢- التمييز بين ضمان العيوب الحقيقية والغلط : قد يقع الغلط في صفة جوهرية للمبيع ، فإذا كانت هذه الصفة تنصل بصلاحية المبيع للغرض الذي أعد له بحيث أن انتفاءها يجعله غير صالح لهذا الغرض ، فإن البيع يكون في هذه الحالة قابلاً للإبطال للغلط، ويكون في الوقت ذاته منشأً لضمان العيوب الحقيقية . فإذا اشترى شخص فرساً على أنه صالح للسباق فوجده غير صالح له ، أمكن القول إن المشتري وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء ، وأمكن القول في الوقت ذاته إن البيع به عيب خفي . فيجوز للمشتري في هذه الحالة أن يرجع على البائع إما بدعوى الغلط وإما بدعوى ضمان العيوب الخفية ، فيختار أحدهما ولكنه لا يجمع بينهما . فإذا رجع بدعوى الغلط وجب أن يثبت أن البائع كان واقعاً في غلط مثله أو كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط الذي وقع فيه ، ويستوى أن يكون قد اشترى الفرس مساومة أو اشتراه في مزاد قسافي أو إداري ، ويجب أن يرفع الدعوى في خلال سنوات من وقت علمه بالغلط أو في خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع بحسب الأحوال وهذه هي مدة التقادم في دعوى الغلط . ويطلب في هذه الدعوى إبطال البيع ، فإذا حكم بالإبطال اعتبر البيع كأن لم يكن ، فاسترد المشتري الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى ورد المبيع (١) . أما إذا رجع المشتري بصحان العيوب الخفية فالأمر يختلف عن كل ما تقدم : لا يطلب من المشتري إلا أن يثبت أن الغرض المقصود من الشراء هو أن يكون صالحاً للسباق وقد ظاهراً أنه غير صالح لهذا الغرض . ولا يطلب منه أن يثبت بعد ذلك أن البائع كان يجهل ذلك أو يعلمه ، فسواء

(١) وقد قضت محكمة الثانية من المادة ٢١٩ مدني بأنه ، إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى طه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع . فإذا ذكر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ، سقط حقه إذن في طلب إبطال البيع بسبب الغلط ، ولكن لا يسقط حقه في الطعن بسبب العيب الخفي . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٢٥١ مدني (٢/١١٩) خاصة بحالة من حول الغلط في البيع لا عمالة ظهور العيوب الخفية ، وعلى ذلك فإن طالب الترخيص للتدليس لا يمنع منه أن يكون المشتري قد أقر منذ قبل المبيع بأنه عاينه وحققه بمعرفة أحد رجاء الثمن (المجلد ٢ من ٢ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة ٥ رقم ٦٩ من ١٥٦) .

جهله أو علمه ، وسواء اشترك مع المشتري في غلط مشترك أو لم يشترك ، وسواء علم بوقوع المشتري في غلط جوهرى أو لم يعلم ، متى جمع الأحوال قد ثبت أن بالمبيع عبأ خفياً يوجب الضمان . ومن هنا نرى أن العيب الحفى أمر موضوعى محض ، أما الغلط فأمر ذاتى محض (١) ، وإن كان الأمران قد اجتمعا معاً في المثل الذى نحن بصدده . وإذا كان المشتري قد اشترى الفرس في مزاد قضائى أو إدارى امتنع عليه أن يرفع دعوى ضمان العيب ، وقد رأينا أن لا يتمتع عليه في هذه الحالة رفع دعوى الغلط . ويجب على المشتري رفع دعوى ضمان العيب خلال سنة من وقت تسلمه الفرس بعد أن يخطر البائع بالعيب في الوقت الملائم ، وقد رأينا في دعوى الغلط أن المشتري لا يخطر البائع بشيء وله أن يرفع الدعوى في ثلاث سنوات أو في خمسة عشرة سنة بحسب الأحوال . ويطلب المشتري في دعوى ضمان العيب إما رد الفرس إلى البائع وأخذ تعويض منه ليس هو الثمن ، وإما استبقاء الفرس وأخذ تعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب . وقد رأينا في دعوى الغلط أن البيع يزول بأثر رجعى ويعتبر كأن لم يكن ، ويسترد المشتري الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى . ويرد الفرس للبائع وليس له أن يستبقه مع أخذ تعويض (٢) .

وهذه الفروق الكبيرة بين الدعويتين تجعل من المهم أن نعرف متى يكون هناك محل لدعوى الغلط دون دعوى ضمان العيب ، ومتى يكون هناك محل لدعوى ضمان العيب دون دعوى الغلط ، فقد يقع أن يلزبس الغلط بالعيب الحفى فيصبح من الضرورى التمييز بينهما . فالغلط أمر ذاتى كما قدمنا ، وهو يقع في صفة جوهرية في المبيع جعلها المشتري محل اعتباره ، ولكن دون أن تتصل هذه الصفة الجوهرية بحما بالغرض الذى أعد له المبيع . أما العيب الحفى فأمر موضوعى كما سبق القول ، وهو يقع في الغرض الذى أعد له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الغرض ، سواء كان هذا محل اعتبار ذاتى عند المشتري أو لم يكن (٣) .

(١) بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٦ م ١٣٩

(٢) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٢٧ - بوردري وسينيا فقرة ٤١٤ .

(٣) فن وقع في غلط في المبيع يكون قد اشترى شيئاً غير الشيء الذى قصد شراؤه ، أما من اشترى شيئاً معيهاً فقد اشترى الشيء الذى قصد شراؤه وإن كان به عيب . فإذا اشترى شخص =

ومن ثم قد يوجد الغلط دون أن يوجد العيب الخفى . فإذا اشترى شخص
أثاثاً لغرفة استقبال معتقداً أنه من طراز معين تبين بعد ذلك أنه ليس من هذا
الطراز ، أو اشترى سيارة أو آلة ميكانيكية معتقداً أنها من « ماركة » معينة فتبين
أنها ليست من هذه « الماركة » ، كان هذا غلطاً فى صفة جوهرية فى المبيع . وليس
من الضروري أن يكون هذا عيباً خفياً ، فقد يكون الأثاث الذى اشتراه -
أو السيارة أو الآلة الميكانيكية - صالحاً لكل الاستعمالات المقصود ، بل قد
يكون أكثر صلاحية من الطراز الذى أراده المشتري ، فلا يمكن القول فى هذه
الحالة أن المبيع به عيب خفى . عند ذلك لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع
بضمين العيوب الخفية ، وليس أمامه إلا أن يرجع بدعوى الغلط فى رأى أحكام
هذه للدعوى وبخاصة الأحكام التى سبق ذكرها .

أما أن يوجد العيب الخفى دون أن يوجد الغلط ، فهذا أمر نادر . ذلك أن
العيب الخفى معناه أن بالمبيع عيباً يجعله غير صالح للغرض المقصود فيغلب أن
يكون العيب واقعاً فى صفة جوهرية اعتبرها المشتري ، ويكون المشتري غير
عالم بالعيب ، وهذا هو عين الغلط (١) . ومع ذلك قد يقع أن يكون العيب الخفى
غير متصل بصفة جوهرية فى المبيع كانت هى محل اعتبار المشتري . ففى المثل
المستعمل إذا اشترى شخص أثاثاً لغرفة استقبال من طراز معين فوجد ما من هذا

== يقول على أنها «تتفاوت» طبق السكلاريديس ، تبين أنها ليست «تتفاوت» أصلاً أو أنها «تتفاوت»
طبق غير السكلاريديس ، فإنه يكون قد وقع فى غلط «تتفاوت» . أما إذا كانت البلور هى تتفاوت
طبق السكلاريديس ولكنها فقدت قوة الإنتاج ، فليس هذا غلط وإنما هو عيب خفى (المستأنف
مخطوط ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٦١) .

ويقول بعض الفقهاء العيب أوسع من الغلط ، لأنه يقع فى صفة غير جوهرية فى الشيء .
عندما يؤثر فى صلاحية الغرض الذى أعد له . وهو على الرأى ذاته أصح من الغلط ، لأن أية
صفة يعتبرها المتعاقدان «جوهرية» فى الشيء ، يجوز أن يقع فيها غلط ، وإن لا يكون من شأنه هذا
الغلط أن يؤثر فى صلاحية المبيع الغرض الذى أعد له فلا يكون الغلط عيباً (يبدان ١١
٢٩٤٠)

(١) ولكن إذا كان البائع عالماً بالعيب غير أنه يعتقد أن المشتري عالم به فله (٢) يجوز للمشتري
أن يرجع على البائع لأن البائع غير مشترك به فيه ويجوز عالم به فله (٣) فلا يبقى أمامه إلا أن
يرجع على البائع بضمين العيوب الخفية إذا كان البائع الذى اشترى من المشتري جوهرية فى المبيع . عند
ذلك لا يمكن أن يرجع على البائع إلا أن كان البائع الذى اشترى من المشتري جوهرية فى المبيع .

الطراز ، ولكن وجد بها عيباً خفياً ينقص من صلاحيتها معرض المقصود ، فان له في هذه الحالة أن يرفع دعوى ضمان العيب الخفي وليس له أن يرفع دعوى الغلط ، فلا يرد المبيع إلى المشتري بل يستبقه مع أخذ تعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب العيب (١) . فإذا كان العيب جسيماً ثبت لو كان المشتري قد علم به لما أقدم على الشراء ، وهذا هو العيب الذي يجيز رد المبيع ، فان هذا معناه أن العيب قد اتصل بصفة جوهرية في المبيع . وهنا تختلط دعوى ضمان العيب بدعوى الغلط (٢) ، ويكون للمشتري أن يختار إحداهما على النحو الذي يسطناه .

٣٨٣ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس : وقد يقوم

ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس ، وذلك فيما إذا كان البائع لا يعلم بالعيب أو كان يعلمه ولكنه لم يدلّس على المشتري بأن تعدد مثلاً أن يجتني عنه العيب . وقد يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب ، وذلك فيما إذا كان الغلط الذي انساق إليه المشتري عن طريق التدليس لا يتصل بالغرض المقصود من المبيع ، ولكن بصفة جوهرية فيه كانت هي محل اعتبار المشتري (٣) . وقد يجتمع ضمان العيب مع التدليس ، وذلك فيما إذا كان بالمبيع عيب خفي تعدد

(١) وإذا اشترى شخص حلياً على أنها من ذهب ، فإن وجدها من فضة مذبة رفع دعوى الغلط ، أما إن وجدها من ذهب خالص ولكن بالذهب عيب ينقص من قيمته رفع دعوى ضمان العيب . وإذا اشترى شخص صورة زيتية على أنها من صنع رسام معروف ، فإن وجدها من غير صنعه رفع دعوى الغلط ، وإن وجدها من صنعه ولكن بالصورة عيوب تنقص من قيمتها رفع دعوى ضمان العيب (بودري وسينيا فقرة ٤٢٥ مكررة خامساً - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٠ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٣١ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٣٣٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٧ - الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٧٦ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٤٢٠ - فقرة ٤٢١) .

(٢) أنظر الأستاذ محمد علي إمام ص ٣٩٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٤٧ .

(٣) وقد رأينا أن العيب إذا كان مما يمكن تبينه بالفحص المتتاد ولم يتبينه المشتري لعدم خبرته ، لم يكن هناك محل لضمان العيب . ولكن يكون للمشتري أن يتمسك بالتدليس إذا تعدد البائع إخفاء العيب عن المشتري غشاً منه بالرغم من أن المشتري كان لا يتبينه حتى لو لم يخفّه عنه البائع . فهنا يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب (أنظر آنفاً فقرة ٣٦٧ في الماش) .

البائع إلتفاهه عن الماترى فمضاً معه ، فيجوز للمشتري عند ذلك رفع دعوى
بأن العيب أو رفع دعوى التدليس (١) .

والفرق بين الدعويين كبيرة كالفروق التي بين دعوى ضمان العيب ودعوى
الغلط . ففي التدليس يجب أن يكون البائع ، لاصية النية فحسب ، بل أيضاً
مدلماً أى أن يكون قد عمد إلى طرق احتيالية لبوتع المشتري في الغلط ، أما في
ضمان العيب فيصح أن يكون البائع حسن النية (٢) . وفي التدليس يصح أن يكون
البيع بالمزاد الفضي أو الإداري ، ويمتنع ذلك في ضمان العيب . وفي التدليس
يجب رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما في الغلط ،
أما في ضمان العيب فيجب رفع الدعوى بعد الإخطار بالعيب خلال ثلاث
سنوات من وقت تسلم المبيع . وفي التدليس يحكم القاضي بإبطال البيع فيزول
تر رجمي ويعتبر كأن لم يكن فيسترد المشتري الثمن مع التعويض وبرد المبيع ،
أما في العيب الخفي فيبقى البيع وقد يرد للمشتري المبيع وقد لا يرده ويقضى من
البائع تعويضاً يشتمل على عناصر معينة غير عناصر التعويض في التدليس .

٣٨٤ - التمييز بين ضمانه العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ :

وقد يتلاقى ضمان العيب مع الفسخ لعدم التنفيذ ، فيتميزان تارة ويختلطان
أخرى . يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون أن يقوم ضمان العيب إذا اشترط المشتري
مثلاً أن يكون المبيع في حالة جيدة ، فيثبت أنه ليمر في هذه الحالة وإن كان
في حالة صالحة تماماً للأغراض المقصودة منه ، فيجوز للمشتري أن يطلب فسخ
العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه من تسليم المبيع في حالة جيدة ، ولكن لا يجوز
له أن يرجع على البائع بضمان العيب لأن المبيع خال من كل عيب وهو صالح
لغرض المقصود (٣) . ويقوم ضمان العيب دون أن يقوم الفسخ لعدم التنفيذ إذا

(١) ميدان ١١ فقرة ٢٦٤ - بلانويول وريبير ، ج ١ ، ١٠ فقرة ١٢٦ ، من ١٢٨ .

(٢) كولان وكابريان ، ١٢ فقرة ٩٢٠ .

(٣) راجع ذلك أيضاً أن يشترط المشتري أن يكون المبيع مستوعباً من مادة معينة ، فإذا به
مستوعب من مادة أخرى وإن كان صالحاً للغرض المقصود ، فيكون للمشتري دعوى الفسخ لعدم تنفيذ
البائع لالتزامه دون دعوى ضمان العيب الخفية . وقد قضت محكمة النقض بأن العيب الخفي هو عيب
خارج دعوى ضمان العيوب الخفية من الألفاظ التي تطلق عليها الفكرة الصحيحة للمبيع ، فإذا كان

ويجوز للمشتري المبيع في الحالة التي اشترطها ، ولكن ويجوز به عيباً زائفاً ينقص من صلاحيته للفرض المقصود . فعند ذلك يكون للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب ، ولكن لا يجوز له أن يطالب فسخ العقد لعدم التنفيذ (١) . وإذا اشترط المشتري أن يكون المبيع في حالة صالحة للفرض المقصود (٢) ، ثم تبين أن المبيع ليس في هذه الحالة ، جاز للمشتري إما أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ لأن البائع لم ينفذ التزامه من تسليم العيب في حالة صالحة للفرض المقصود ، وإما أن يرجع بضمان العيب لو جرد عيب في المبيع يجعله غير صالح للفرض المقصود ، فيجتمع هنا الفسخ لعدم التنفيذ وضمان العيب (٣) .

والرجوع بالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن الرجوع بضمان العيب . ففي الرجوع بالفسخ لا يشترط أن يكون المشتري غير عالم بالعيب ، ويشترط ذلك في ضمان العيب . ويجوز الفسخ حتى لو كان البيع بمزاد قضائي أو مزاد إداري ، ولا يجوز ضمان العيب . وهذه التقادم في الفسخ خمس عشرة سنة من وقت الانحلال البائع بالتزامه ، وهي سنة واحدة من وقت التسليم في ضمان العيب ، والفسخ يزيل العقد بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشتري المبيع ويسترد الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى . أما في ضمان العيب فالبيع قائم ، وعلى ألسانه

= ما يشكر منه المشتري ور أن المبيع وجد مصنوعاً من مادة غير المادة المنقر عليها، فذلك لا يغير عيباً نهياً موجباً لهيائه، فالحكم الذي يؤسس قضاءه بالفسخ على القول بوجود عيب محقق في المبيع هو مخالفة المادة التي راع منها عادة الزود تلك مبارات العقد صراحة على أنها كانت أو لم تكن فيه ويكون مخالفاً لقانون مودينا نفسه (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ م، محكمة مصر، رقم ١٢٩ ص ٥٨٧) . - أنظر أيضاً استئناف منطلي ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٨ - ٢٩٠ و ٢٩١ من سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٦٩ - ١٤ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٢١٢ .

(١) وكذا لا يجوز للمشتري المبيع مطالباً بالعيب ، وإن كان العيب قائماً ، كما هو محقق ، فمنه ذلك ، يكون للمشتري دعوى ضمان العيب الثانية دون دعوى الفسخ لعدم التنفيذ (بلانويول وروبير وشارل ١٠ ص ١٣٨ عاشر ١) .

(٢) أو كذا في الواقع للمشتري ويوجد في ذات دعوى المبيع ثم تبين أن البائع بخال منها أو من غيره ، جاز للمشتري الرجوع المبيع على البائع بضمان العيب ، الخطية كما سبق القول ، وجاز أيضاً أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ ، وإن كان من المشتريين أو كان له التزام بها كما سبق (تجارة الاستمارة منصور سابق ٢١٦٨ ص ٢١٦٨ - ٢١٦٩) ، وبذلك يرد المشتري إلى مكان الفسخ ، إن كان له

(٣) بلانويول وروبير وشارل ١٠ ص ١٣٩ - ١٤٠ و ١٤١ .

إما أن يرد المشتري المبيع ويأخذ تعويضاً من المشتري ، وإما أن يستثنى المبيع من أخذ تعويض (١) .

٣٨٥ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والعيوب في مقدار المبيع :

يمكن أن هناك عجز في مقدار المبيع ، فلا يلتبس ذلك بالعيب الخفي . إذا العجز في مقدار المبيع هو نقص في كميته ، أما العيب الخفي في المبيع فنقص في صفته ، والنقص في الكم غير النقص في الكيف .

وتختلف دعوى العجز عن دعوى العيب في أن الأولى لا تفترض حسن نية المشتري والثانية تفترض حسن نيته ، وفي أن الأولى تجوز في بيع بالمزاد القضائي أو الإداري والثانية لا تجوز . وتنشأ الدعويان في أن مدة التقادم في كل منهما سنة واحدة من وقت التسليم الفعلي ، وفي أن المشتري يستطيع رد المبيع أو استبقائه إذا كان العجز أو العيب جسماً وليس له رد المبيع إذا كان العجز أو العيب غير جسيم . ولكن في دعوى العجز إذا رد المشتري المبيع يكون ذلك عن طريق فسخ البيع فبزول تأثير رجعي وبعتبر كأن لم يكن ، أما في دعوى العيب فلا يكون عن طريق فسخ البيع بل إن البيع يبقى كما سبق القول (٢) .

٣٨٦ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئي :

يتقارب الاستحقاق الجزئي من العيب من ناحية ما يعود على المشتري من الخسارة بسبب كل منهما ، إلى حد أن المشرع جعل لزاماً واحداً في الاثنين كما رأينا . ولكن الاستحقاق الجزئي لا يفرض وجود عيب في المبيع بل يفرض حقاً للغير عليه ، فالمبيع سليم من ناحية مادته ومعيب من ناحية ملكيته . أما العيب فيفرض وجود عيب فالمبيع لاحقاً للغير عليه ، فالمبيع معيب من ناحية مدته وسليم من ناحية ملكيته . وقد كان القانون الفرنسي القديم يخلط بين الاثنين في حالة ظهور حق ارتفاق على المبيع ، فيعتبر هذا عيباً خفياً ، والصحيح أنه

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٤٦ .

(٢) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٤٤ .

استحقاق جزئى ، لأن حق الارتفاق حق لغير على المبيع لا عيب فى ذات المبيع .
ويختلف ضمان الاستحقاق الجزئى عن ضمان العيب الخفى فى أن المشتري
فى ضمان الاستحقاق لا يشترط أن يكون حسن النية ويشترط ذلك فى ضمان
العيب ، وفى أن ضمان الاستحقاق جائز فى البيع بالمراد القضائى أو الإدارى
وضمان العيب غير جائز ، وفى أن مدة التناهد فى ضمان الاستحقاق خمس عشرة
سنة من وقت الاستحقاق والمدة فى ضمان العيب سنة واحدة من وقت التسليم .
ويشترط الاثنان فى الجزاء كما قدمنا ، فيجوز للمشتري فى ضمان الاستحقاق
وفى ضمان العيب رد المبيع أو استبقاؤه إذا كان الاستحقاق أو العيب جسما ،
ولا يجوز له الرد إذا كان الاستحقاق أو العيب غير جسم ، وإذا رد المبيع فإن
ذلك لا يكون عن طريق فسخ البيع بل يبقى البيع فى الحالين كما سبق القول (١) .

الفرع الثانى

التزامات المشتري

٣٨١ - التزامات مضمونة : يلتزم المشتري ، بموجب عقد البيع ذاته
ودون حاجة إلى ذكر خاص ، بالتزامات ثلاثة : (١) الوفاء بالثمن (٢) تحمل
مصرفات البيع (٣) تسلم المبيع (٢) .

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر اى نقرة ٢٤٤ .

وقد يكون البيع غير مشروع فلا يعتبر هذا مجرد عيب فى المبيع ، ويكون عيب باطلا
(أنسب أن يرد) ، داليز ، لفظ Vice Réd. نقرة د - وعدم المشروعية يرجع إلى اعتبار القوانين
أما الغير ، فيرجع إلى اعتبار فى البيعة التى ، وقد يشتر القانون مبرها فى البيعة التى - كما فى
الأنفذية - غير مبره ، فيجوز اعتباران ولكن اعتبار القانون يتناسب ليجوز البيع باطلا
(أنسب أن يرد) داليز ، لفظ Vice Réd. نقرة ٢٠) . وقد يصل العيب من الجسامة إلى بطلان
البيع فى - عدم الصلح ، كبيع فاسد أو فاكهة عسكرة أو حق تولد ، ولا يدخل فى ذلك عدم
فقد ذلك يكون البيع بحله معدوم وقت العقد ويكون باطلا لانعدام المحل ، فلا يشار فى - الحالة
هيب الخفى (الأستاذ عبد المنعم البدر اى نقرة ٢٤٨) .

(٢) يذكر تقيين الوجبات والمرد المباني (٤٦٥) من هذه الالتزامات كملاتة التزامين :
دفع الثمن وتسلم المبيع .

(٣) - كبريد (٤٦٥)

المبحث الأول

الوفاء بالثمن

٣٨٨ - التزام الوفاء بالثمن وجزء الاصل جزاء الالتزام :
المشتري ملتزم بأن يني للبائع بالثمن ، وقد رتب القانون للبائع ضمانات مختلفة
تسكفل له الوفاء بهذا الالتزام وتكون جزاء على الإخلال به .
فتبحث إذن : (١) التزام الوفاء بالثمن (٢) جزاء الإخلال بهذا الالتزام .

المطلب الأول

التزام الوفاء بالثمن

٣٨٩ - المسائل التي تبحث في هذا الالتزام : تبحث في خصوص
هذا الالتزام أمرين : أولاً - على أى شيء يقع التزام الوفاء بالثمن . ثانياً -
الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الوفاء بهذا الالتزام .

١٥ - على أى شيء يقع التزام الوفاء بالثمن

٣٩٠ - الثمن والفوائد : يشمل التزام الوفاء بالثمن : (١) دفع الثمن
المتفق عليه (٢) ودفع فوائد الثمن في بعض الأحوال .

٣٩١ - دفع الثمن - إمامته : دفع الثمن هو الالتزام الأساسي الواجب
على المشتري (١) ليقابل الالتزام الأساسي الواجب على البائع بنقل ملكية المبيع ،

(٢) وليس من الضروري أن يكون المشتري هو الملتزم بدفع الثمن ، فقد يلتزم الغير في نفس
عقد البيع بدفع الثمن وتكون ملكية المبيع للمشتري (جوابان ٢ بقية ١٠١٧ - وأنظر أيضاً =

لإذ البيع إنما هو نقل ملكية المبيع في مقابل دفع الثمن .

والثمن هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتبايعان (١) . وقد قدمنا عند الكلام في الثمن (٢) أن الثمن يجب أن يكون نقوداً ، وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وأن يكون جديداً أى لا يكون صورياً ولا تافهاً . فإذا توافرت هذه الشروط في الثمن ، فقد صح ، وأصبح واجب الوفاء بالشروط التي يقررها العقد وفي الزمان والمكان اللذين مدينهما فيما يلي . ومصروفات الوفاء بالثمن ، كنفقات إرساله عن طريق البريد أو عن طريق مصرف أو عن أى طريق آخر ، تكون في الأصل على المدين به أى على المشتري طبقاً للمادة ٣٤٨ مدني وهي تنص على أن « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » . وطرق الوفاء بالثمن وشروط صحة الوفاء تخضع للقواعد المقررة في الوفاء بالالتزام ، كما يجوز للمشتري عرض الثمن على البائع وإيداعه لحسابه إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك ويكون هذا وفقاً للقواعد المقررة في العرض والإيداع .

وقد كان المشروع التهديد بالتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا الخصوص هو المادة ٦٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تقضي بأن : يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد ، وهو الذي يتحمل نفقات

= فقرة ٢٠٣ في المائس . وتكون العلاقة ما بين البائع والمشتري هي العلاقة ما بين المتبايعين ، ف يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتحليمه إياه ، وضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشتري بتسلم المبيع . ولكن الغير هو : يلتزم نحو البائع بدفع الثمن والمصروفات ، فتكون علاقته بالبائع علاقة معاوضة ، أما علاقته بالمشتري فتكون علاقة تبرع (إذا كان غير ما له بالثمن ، أو بمثابة إذا كان يتي له ديناً أو يعطيه قرضاً أو نحو ذلك) بلانبول وريميرو وبولانجيح ٢ فقرة ٣٤٩٣ - أنسيكلوبيدي دالتوز ه لفظ vente فقرة ١٥٦٧ - فقرة ١٥٦٩) .

(١) وقد نقل الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه عن الثمن المتفق عليه كما في حالة استرداد البائع للمشتري ، وقد يزيد كما في حالة الشراء لعقار القاصر بغير ناعش (الأستاذ عبد الفتاح عبد البار فقرة ٢٧٧ - الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٧٨ - الأستاذ منصور مصطفى - صور فقرة ٩٩ ص ٢٢١) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٢٠٤ و (١) بيدها

الوفاء» (١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :
« هذه النصوص تقرر التزام المشتري بدفع الثمن ، وتبين ما الذى يجب أن يدفعه
وفاء لهذا الالتزام . فهو يدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التى يقررها العقد ،
فقد يتفق على أن يدفع الثمن أقساطاً أو جملة واحدة . ويتحمل نفقات الوفاء
وفقاً للقواعد العامة لأنه هو المدين بالثمن ، فعليه نفقات البريد أو غير ذلك
من وسائل النقل إذا حمل الثمن إلى مكان بعيد» (٢) . وقد حذف هذا النص
في لجنة المراجعة ، لأنه مستفاد من القواعد العامة (٣) .

٣٩٢ - دفع الفرائد - النصوص القانونية : وتنص المادة ٥٨ : من التفتين المدنى على ما يأتى :

١ - لاحق للبائع فى الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا أعلز المشتري أو إذا
سلم الشيء المببع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ،
هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره .

٢ - وللمشتري ثمر المببع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف
المببع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره (٤) .

(١) وكان هذا النص يقابل فى التفتين المدنى السابق : م ٤٠٦/٢٢٨ - يجب على المشتري
وفاء الثمن فى الميعاد والمكان الميعنين فى عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه . م ٢٨٤ - ٣٥٦ -
ومصاريف المثل ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وهذا إن لم يقض العرف التجارى
بخلاف ذلك فى حى الأحوال .

والحكم واحد فى التفتينين السابق والجديد - أنظر أيضاً م ٥٧١ عراق وم ٤٦٦ لبنانى .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ - ص ١٢٩ فى الهامش .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادتين ٦٠٢ و ٦٠٤ من المشروع التمهيدى على

الوجه الآتى : م ٦٠٣ : لا يتقاضى البائع فوائد تانونية عن الثمن إلا إذا أعلز المشتري ،
أو إذا أسلمه الشيء المببع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ، هذا
ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره - م ٦٠٤ : للمشتري ثمر المببع ونماؤه من وقت أن
يسمح الثمن مستمقاً ، وعليه تكاليف المببع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو
عرف يقضى بغيره . وفى لجنة المراجعة أدبرم المادتان فى مادة واحدة من فقرتين للارتباط =

وبقابل هذا النص في التقنين المدني المادة ٤١٠/٣٣٠ (١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٤٢٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٧ - وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٥٧٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٩٦ و ٤١٧ (٢) .

= الوثيق بينهما ، وانترح تعديل الحكم الخاص باستحقاق المشتري ثمر المبيع ونماله وجعل
الاستحقاق يبدأ من وقت التسليم ، وانترح تعديل مضاف بجمل الاستحقاق من وقت انعقاد البيع ،
فأقرت اللجنة الاقتراح الأخير . وأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني
الجديد ، وصار رقمها ٤٧١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس للشيخ
تحت رقم ٤٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٨ - ص ١٣٩ وص ١٤١ -
ص ١٤٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤١٠/٣٣٠ : إذا لم يحصل الاتفاق في عقد البيع على احتساب
فوائد الثمن ، لا يكون لبائع حق فيها إلا إذا كلف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً ، أو كان المبيع
الذي سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى .

(وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد ، إلا أن التقنين الجديد زاد الفقرة الثانية
من المادة ٤٥٨ الخاصة بتلك المشتري ثمرات المبيع ، هذا إلى أنه لم يشترط لاستحقاق الفوائد
أن ينتج المبيع ثمرات كما اشترط التقنين السابق بل يكفي أن يكون المبيع قابلاً لإنتاج الثمرات ؛
للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٦ (مطابقة لمادة ٤٥٨
مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٣٧ - فقرة ٢٣٨) .
التقنين المدني الليبي م ٤٤٧ (مطابقة لمادة ٤٥٨ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٢ : ١ - لا حق لبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق
الأداء إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات
أخرى ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره . ٢ - والزيادة الحاصلة في المبيع
بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ،
ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

(ويتفق التقنين العراقي مع التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي لا يوجب الفوائد القانونية
عن الثمن إلا إذا كان مستحق الأداء ، أما إذا كان الثمن مؤجلاً فالقوائد لا تكون إلا بائناً
على ذلك وأو تسلم المشتري المبيع القابل لإنتاج الثمرات - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ
حسن كلاًتون فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٤ - الأستاذ عباس حسن المصروف فقرة ٢٤٧ -
نمرة ٢٦٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٩٦ : يجب على المشتري أن يدفع ثمنه فوراً - =

ويخلص من هذا النص أن الأصل هو أن يملك المشتري ثمر المبيع ونماءه متحملاً نفقائه من وقت تمام البيع ، ويقابل تملك المشتري للثمر والنماء أن يدفع للبائع الفوائد القانونية للثمن وقت تمام البيع أيضاً إن لم يكن قد دفع له الثمن فوراً عند البيع . فنحرض إذن لهاتين المسألتين : (١) تملك المشتري ثمر المبيع ونماءه من وقت تمام البيع وتحمل نفقائه من ذلك الوقت (٢) دفع المشتري للبائع الفوائد القانونية للثمن .

٣٩٣ - تملك المشتري ثمر المبيع ونماءه ونحوه لنفقائه : قدمنا أن من النتائج التي تترتب على أن البيع ينقل ملكية المبيع للمشتري أن يكون ثمر المبيع ونماؤه للمشتري باعتباره مالكا له (١) . وبينما أن استحقاق المشتري للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك ويكون عليه تكاليفه (٢) .

ويترتب على ذلك أن المشتري لا يملك ثمر المبيع ونماءه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية المبيع . والملكية في الشيء المعين بالذات تنتقل بالعقد ، أى من وقت تمامه ، إذا كان المبيع منقولاً . وتنتقل كذلك بالعقد إذا كان المبيع عقاراً على أن يسجل العقد ، فإذا ما سجل اعتبرت الملكية منتقلة - فيما بينه وبين البائع - بأثر رجعي من وقت تمام العقد (٣) . فيخلص من ذلك أن المشتري

= ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً - الضرائب والتكاليف ومصارف الأعباء المترتبة على البيع . ثانياً - نفقات حفظ البيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - مخاطر العين المبيعة . (١٧٧ : إن جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ تمام البيع . ويجب أن تسلم إليه مع المبيع - ما لم يكن هناك نص مخالف .) وتنطبق أحكام التقنين البناني مع أحكام التقنين المصري فيها يتعلق بشعرات المبيع ونماءه وشكائله . أما الفوائد فلم يرد نص في شأنها في التقنين البناني ويبدو أن التواءم العامة هي كالتطبيق في هذه المسألة () .

(١) انظر أيضاً فقرة ١٢٩ .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٢٨١ .

(٣) انظر أيضاً في هذه المسألة أيضاً فقرة ٢٨٢ .

يتملك الثمرات ونماءه ، في المنقول والعقار على السواء ، ما دام المبيع شيئاً معيناً بالذات ، من وقت تمام العقد كما يقول النص (م ٤٤٨/٢ ملق) (١) . ويستوى في بيع العقار أن يكون المبيع مسجلاً أو غير مسجل ، ما دام للتسجيل أثر رجعي فيما بين المشتري والبائع كما قدمنا . وتقول المدكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والبيع غير المسجل كالبيع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات » (٢) . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، فقد رأينا أن ملكيته لا تنتقل إلا بالإفراز ، ومن وقت الإفراز أيضاً يملك المشتري ثمرات المبيع ونماءه سواء تم التسليم عند الإفراز أو بعده . فإذا تراخى التسليم عن الإفراز ، كانت ثمرات المبيع ونماؤه الحاصلة من وقت الإفراز إلى وقت التسليم ملكاً للمشتري ، لأنه هو المالك للمبيع كما سبق القول (٣) .

وثمرات المبيع تشمل الثمرات الطبيعية كالحصولات ولبن الحيوان ، والثمرات

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري وبذلك تكون له ثمرة من تاريخ إبرام العقد حتى لو كان الثمن مؤجلاً ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف . وإذا فنى كان الثابت في عقد البيع أن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع إنما ألزم بدفعه رأساً إلى البائع المرتهن لأطيان البائع الشائعة فيها الأطيان المبيعة خصماً من دين الراهن ، فإن ربيع الأطيان المبيعة يكون من حق المشتري من يوم إبرام عقد البيع الصادر إليه ، حتى ولو لم يتم بتنفيذ التزامه بدفع الثمن إلى البنك المرتهن (نقض مدق ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١) . وقضت محكمة استئناف أسبوط بأن للمشتري الراسى عليه المزايا ما للمشتري المسمى من الحقوق ، ومن ضمن ذلك استحقاقه ثمرات العين من يوم مرسى المزايا عليه . فإذا لم يتم بدفع الثمن طبقاً لشروط قائمة المزايا ، فللدائنين أو المدين في هذه الحالة إرغامه على الدفع بالطرق الإجبرية واحتساب فائدة على الثمن من يوم مرسى المزايا في حالة ما إذا كانت العين مشرقة أو من يوم تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً إذا لم تكن كذلك (استئناف أسبوط ٢٩ ماي سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١١٤ ص ٢٧١) .

(٢) مجموعة الأعمال التمهيدية ٤ ص ١١٠ .

(٣) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن يكون المشتري ثمار المبيع من أى وقت آخر ، من تاريخ سابق على تسجيل العقد أو على البيع نفسه أو على تسليمه ، فيجوز إذن أن يتفقا على أن يكون إبرام الإقرار المبيعة للمشتري من تاريخ العقد الابتدائى ، وقد يستلزم هذا الاتفاق تدبيراً من الاتفاق على أن يكون تسليم الأطيان من تاريخ العقد الابتدائى (انظر من ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٦ ص ٦٤٦) .

المدنية كالربح والأجرة (١) . ويدخل أيضاً المنتجات (produits) ، وهى التى لا تتجدد ، كما هو الأمر فى المناجم والحاجر ونحوها (٢) .

ونماء المبيع : كمكبر الحيوان وسمنه ونتاجه (٣) ، يكون المشتري من وقت هام البيع كما فى الثمرات .

ومتى ثبت للمشتري الحق فى ثمرات المبيع وعوائمه من وقت البيع ، فعليه من هذا الوقت أيضاً تكاليفه ، كالفرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانه ونفقات الاستغلال ومصرفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك (٤) ، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات ، إلا بعد هذه التكاليف والغرم بالغرم (٥) .

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست من النظام العام ، فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، كأن يشترط البائع أن تكون له ثمرات المبيع مدة معينة أو إلى وقت التسليم ، أو يشترط المشتري أن تكون تكاليف المبيع أو الضرائب على البائع إلى وقت التسليم (٦) .

(١) وقد نضت محكمة النقض بأن وجود عقد إيجار ثابت التاريخ من البيع ليس من شأنه أن يحرر حق المشتري فى الثمرة من تاريخ البيع ، فإذا كانت المتاعير قد احتفظ بالأجرة عليه أن يؤدبها إلى المشتري من هذا الوقت ، أما إذا كان فى أمان إلى البائع ، فعلى البائع أن يردّها إلى المشتري (نقض مدنى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمراء رقم ١٦ ص ١٢) . ونضت أيضاً بأنه إذا جاء فى عقد بيع حصة من منزل ، أن المشتري ينتفع بالإيجارات حصته التى اشترها ، وأن الإيجار الحالى لهذه الحصة هو كذا ، وأنه إذا لم يتيسر له التوى منها ، فبموجب عقود الإيجار يحق له أن يخصم الإيجارات التى يخصه من ثمن المبيع ، وأن ذلك الوقت بذلك على أن المراد هو جعل المشتري مستحقاً لثمرة المصلحة المقدرة فى السنة الأولى بما كانت عليه فى تاريخ توقيعه أى ببيع كذا ، وبتدرة فيما بعد فى السنوات التالية بما تزجر به فى واقع الأمر وإن كان ، مما كانت مؤجرة به فى السنة الأولى ، ثم دعت . فكما على مقتضى هذا التفسير بما يثبت به امتيازات المشتري ، كان الحكم بعيداً عن رقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٢٤ مجموعة عمراء رقم ٢٢٨ ص ٦٤٦) .

(٢) انظر م ٤٩٨ من تغيبات الموريات والعقود البنائى آنفاً بقرة ٣٩٢ فى الخامس .

(٣) رتد يدخل نتاج الحيوان أيضاً فى المنتجات .

(٤) انظر م ٢٩٦ من تغيبات الموريات والعقود البنائى (انظر آنفاً بقرة ٣٩٢ فى الخامس) .

(٥) الفكرة الإيضاحية لمشرع التقييد فى مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٤٠ .

(٦) الفكرة الإيضاحية لمشرع التقييد فى مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٤٠ .

٣٩٤ - متى تسحق الفوائد القانونية على الثمن - وإذا كان المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، سواء كان الثمن حالاً واجب الدفع فوراً أو كان مقسطاً أو كان مؤجلاً إلى وقت معين ، فإنه لا يكون مشمولاً عن فوائد هذا الثمن إلا في حالات ثلاث وردت في الفقرة الأولى من المادة ٥٨٨ مدني :

أولاً - إذا وجد اتفاق بين البائع والمشتري على أن المشتري يدفع فوائد عن الثمن المستحق في ذمته . وتكون الفوائد في هذه الحالة فوائد اتفاقية لا فوائد قانونية ، وللمتعاقدين الاتفاق على سعرها بحيث لا يزيد هذا "السعر على ٧ ٪ وفقاً للقواعد المقررة في الفوائد الاتفاقية ، وتستوى في ذلك المسائل المدنية والمسائل التجارية . ويمكنه بطبيعة الحال أن يتفق المتعاقدان على فوائد بالسعر القانوني ، فيكون سعر الفوائد في هذه الحالة ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٤ ٪ في المسائل التجارية ، ولكنها مع ذلك تبقى فوائد اتفاقية لأنها لا تستحق بموجبها حكم القانون بل بموجب الاتفاق (١) . والاتفاق هو الذي يحدد منه أي وقت تسرى الفوائد المتفق عليها ، فقد يتفق على سريانها من وقت البيع ، أو من وقت حلول الأجل المتفق عليه لدفع الثمن ، أو من وقت تسلم المشتري لجميعه ولو لم يكن قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى (٢) . ويغلب أن يتفق المتعاقدان على الفوائد إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ، فيشترط البائع على المشتري

= ص ١٤١ - وقد بقى العرف بأن يكون نتاج الحيوان مثلاً لمباع حق وقت التسليم ، أو أن تكون الضرائب عليه إلى هذا الوقت .

(١) وكذلك إذا اتفق المتعاقدان على فوائد دون تحديد سعرها ، فيكون هو السعر القانوني وتبقى الفوائد فوائد اتفاقية (بردي وسينيا فقرة ٥٢١ ص ٤٧ - بلانويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧) . وإذا اتفق المتعاقدان على سعر أقل من السعر القانوني ، سرت الفوائد بالسعر المتفق عليه ، فإذا حل الثمن كان لمباع أن يعلن المشتري بالدفع ومن وقت الإصدار تسرى الفوائد بالسعر القانوني لا بالسعر المتفق عليه (أوبري ورد ، فقرة ٣٥٢ عاشر دهم ٢٠ ثانياً - بردي وسينيا فقرة ٤٢٩ - بلانويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩) .

(٢) فإذا لم يحدد الاتفاق وقتاً لسريان الفوائد ، سرت من وقت تمام البيع . ويكون من وجه خاص إذا سبق البيع وبعد البيع وكان هناك اتفاق على دفع فوائد من الثمن دون أن يبين موعد سريانها ، فلا تسرى هذه الفوائد إلا من وقت أن يتقبل الوكيل بالبيع بدلاً المالك (بردي وسينيا فقرة ٥٢٠ - بلانويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧ عاشر ١) .

أن يدفع فوائد بسمر يتفق عليه من وقت ثبوت الثمن في ذمة المشتري ، أى من وقت تمام البيع ، إلى وقت الوفاء بالتأثير أو بكل تحت من أقساطه (١) . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع من أن يشترط على المشتري دفع فوائد بسمر يتفق عليه متى لو كان الثمن حالاً واجب الدفع بمجرد تمام البيع ، فيكون على المشتري في هذه الحالة أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فإن تأخر في دفعه كان البائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

وقد لا يوجد اتفاق على الفوائد ، ولكن يوجد عرف يقضى بدفعها ، كما إذا كان الثمن يدفع في حساب جار بين المشتري والبائع ، وبقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجارى .

ثانياً - فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، تكون فوائد الثمن مستحقة من وقت تسلم المشتري المبيع إذا كان هذا المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات

(١) وقد يتفق المتعاقدان على دفع فوائد بسمر معين عن ثمن مؤجل على أن تسرى هذه الفوائد من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل لا إلى وقت الدفع الفعل . فتنتقطع في هذه الحالة الفوائد الاتفاقية عند حلول الأجل ، وللبائع بعد ذلك ، إذا أعذر المشتري أن يدفع الثمن أو سلمه المبيع وكان قابلاً أن ينتج إيرادات ، حق في الفوائد القانونية من وقت الإعذار أو من وقت تسليم المبيع (بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٧) ويشيرون إلى حكم محكمة النقض الفرنسية في أول ديسمبر سنة ١٩٤٧ - يريه ١٩٤٨ - ١ - ٢٣) .

والأجل أن الفوائد متى سرت ، في أية حالة من الحالات الثلاث التي تسرى فيها الفوائد فإنها لا تنقطع إلا عند الدفع الفعل للثمن أو عند استحقاق المبيع ، ما لم يوجد اتفاق مخالف . ويعدل البائع الفعل للثمن العرض والقبول والإيداع وفقاً للقواعد المقررة . ولا يقف سريان الفوائد أمر الأمر ، فلا تنقطع الفوائد بمجرد تحفظ على الثمن بوقته ذائق البائع تحت يد المشتري ، ولا بحبس المشتري الثمن في الأسرال التي يجوز له فيها ذلك (أوبري ورو ، فقرة ١٥٦ ص ١٠٤ - بودري وصينيا فقرة ٥٣١ - بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ هامش رقم ٧) .

ويشترط لصحة العرض والإيداع ، حتى يتعلم سريان الفوائد ، أن يكون العرض خالياً من أى شرط لا يحمل المشتري ثمرته ، فلا يجوز أن يشترط المشتري في العرض إنشاء البائع لعقد البيع النهائي في حين أن المتعزم يرى أنه حصل على حكم بصحة إنشاء البائع وهو حكم يقوم مقام التصديق على الإتمام ويمكنه من تسجيل العقد (انظر مدني ٩ دية بر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمره رقم ٢٥٥ ص ١٠٢٩) .

أخرى، (١) وليس ضرورياً أن ينتج المبيع ثمرات أو إيرادات، بل يكفي أن يكون قابلاً لإنتاج ذلك (٢). فإذا كان المبيع منزلاً يصلح للاستغلال أو أرضاً تصلح للزراعة وسلمها البائع للمشتري، فإن الفوائد القانونية على الثمن تستحق على المشتري من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكن المنزل مؤجراً أو لم تكن الأرض مزروعة أو مؤجرة. ويضمن الترميع في ثمرات أو إيرادات أخرى، فإذا كان المبيع سيارة خاصة وسلمها البائع لمشتري وجبت الفوائد القانونية على المشتري من وقت تسليم السيارة ولو أنها غير معدة للأجرة بل هي للاستعمال الخاص، ذلك أن السيارة حتى لو كانت غير معدة للأجرة قابلة للإنتاج أما إذا كان المبيع أرضاً مفضاء للبناء ولا تصلح لغير ذلك، فهي غير قابلة لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى، فلو سلمها البائع للمشتري لم تستحق الفوائد من

(١) احتشاف مصر، برنيه سنة ١١٤٠ المجموعة الرحية ٤٢ رقم ١١٢ - بنى وبف. الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٨١ - استئناف مخطوط ٣١ يناير سنة ١٩٥٧ م ١٩ ص ١٢٩ - ١١ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ (ولا تخضع الميراث للتقادم المسمى لأنها تمويض) - أول مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤١٢ - ٢٢ - ١٠ - ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٤ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٦٠ (ولا تسقط الفوائد بالتقادم المسمى).

(١) أما في التقنين المدني السابق - فيجب وفقاً للمادة ٢٣٩/٤١٠ أن يكون المبيع ينتج ثمرات أو أرباحاً أخرى. وللعبارة بتاريخ تمام البيع، فإن كان قبل ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق، وإلا فأحكام التقنين الجديد.

(٣) ونص التقنين المدني المصري (١/٤٥٨) يختلف من نص التقنين المدني الفرنسي (١٦٥٢) فقد ورد في نص التقنين المصري: «وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى» وورد في التقنين الفرنسي: «إذا كان الشيء المبيع الذي تم تسليمه ينتج ثمرات أو أي ربح آخر» (la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus). ومن هنا يتسع النص المصري لما لا يتسع له النص الفرنسي. فقد استأجر في الإيجار لا ينتج إيرادات في القانون الفرنسي (بلائيول وديبير وعامل ١٠ ص ١٦٨ هامش ٣) وهو قابل لذلك إذا كان يتكون الإيجار من الباطن في القانون المصري. وبذلك لا يمتنع عن القانون الفرنسي إلى أنه يجب أن يكون عند وقت البيع معرفة ما إذا كان المبيع ينتج إيرادات أو لا، وإذا كان الإيجار ينتج ربحاً، وكذلك الأرض، لمازوجة وقت البيع تنتج إيرادات أو لا، وإذا كان الإيجار ينتج ربحاً (بلائيول وديبير ٥٩٤).

ونت تسليم إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك (١) .

ومنى سلم البائع المبيع القابل لإنتاج إبراء للمشتري ولو تسليماً حكماً (٢) وسواء تسلم المشتري المبيع أو لم يتسلمه (٣) ، وجبت فوائد الثمن من غير حاجة إلى مجرد اتفاق على ذلك ، ما دام لا يوجد اتفاق على العكس كان يشترط المشتري في عقد البيع على البائع ألا يدفع فوائد عن الثمن حتى بعد تسليم المبيع . ونجب الفوائد على الثمن بمجرد تسليم المبيع القابل لإنتاج الإيرادات ، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً (٤) . والفوائد الواجبة هي الفوائد القانونية وسعرها ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية ، وتسرى من وقت

(١) وكذلك إذا كان المبيع كتاباً أو صورة زيتية أو مصفاً ، فهذه الأشياء غير قابلة لإنتاج أرباح (الأستاذ محمد علي إمام فقه ٢٣٤ ص ٢٩٧) . وهذا الحكم محل للنظر ، فإن الأرض انتفع بالكتاب والصورة والمصفاً يمكن الانتفاع بها باستعمالها وإن لم تكن قابلة لإنتاج إيرادات ، وكان الأول من ناحية السياسة التشريعية أن تستحق الفوائد من وقت تسليم المبيع سواء كان قابلاً لإنتاج إيرادات أو غير قابل لذلك (أنظر في هذا المعنى لوران ٢٤ فقرة ٢٢٣ - بودرى وصينيا فقرة ٥٢٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤٢ - وقارن بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٤٩٨ ص ٧٧٥) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠١ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى ص ٥٣٧ .

(٣) ويمكن إغثار البائع المشتري أن يتسلم المبيع (بودرى وصينيا فقرة ٥٢٥) .

(٤) بودرى وصينيا فقرة ٥٢٦ - بلانيول وريبير ١٠ ص ١٦٧ هاش ٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن حق البائع في فوائد الثمن إذا كان المبيع الذي سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح لا يسرى بتقديم من الأساس من العدل الذي يأبى أن يجمع المشتري بين يدية ثمرة البديلين ، المبيع والثمن . ولذلك حق أن يكون على المشتري فوائد ثمن المبيع . من الذي تسلمه من يوم تسلمه ، ولا يقف جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالاً ، كان يكون مؤجلاً أصلاً أو لعل طارئة أو يكون محجوزاً عليه أو محبوساً تحت يد المشتري . وإذن فالمشتري لا يستطيع أن يتسلل بأنه غير ملزم بفوائد عن باقي ثمن المبيع حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع إياه مستندات التملك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائي متى كان قد وضع يده على الأرباح المبيعة (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ١٧٩) ، أو حتى لو كان الثمن غير مستحق الأداء حالاً لسبب يرجع إلى البائع نفسه كأن يكون تأجيل الثمن بسبب إسهال البائع ليستجمع أوراقه التي تثبت ملكيته ليستطاع تحرير العقد النهائي (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٦ ص ٦٣٦) . وأسر في أنه لا يجوز للمشتري أن يجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن : استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥ - ٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٤٤ ص ٤ .

تسليم المبيع وتبقى صادرة إلى يوم الدفع . وتنازع أن هذا الحكم استثناء نص عليه القانون من القاعدة التي تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية . وببرر هذا الاستثناء أن الثمن هو الذى يقابل المبيع ، فنى سلم المشتري المبيع وهو قابل لإنتاج ثمرات ولم يكن قد دفع الثمن ، ففوائد الثمن هى التي تقابل ثمرات المبيع فتجب على المشتري إلى أن يدفع الثمن (١) .

وقد ذكرنا فيما تقدم أن الثمرات والنماء مستحقة للمشتري من وقت تمام البيع ، فكان الواجب أن تستحق للفوائد على المشتري - وهى التي تقابل الثمرات والنماء كما رأينا - من هذا الوقت أيضاً ، أى من وقت تمام البيع لا من وقت تسليم المبيع . وهذا هو الذى يقع فعلاً (٢) ، إلا أن ثمرات المبيع ونماءه من وقت البيع إلى يوم التسليم تقاس في فوائد الثمن ، فلا يأخذ المشتري شيئاً منها إلا من يوم

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع المزمع في هذا الصدد : « ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هى التي تقابل ثمرات المبيع ، فإنه إذا استحق الثمن وأخذ المشتري بالدفع ، كان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشتري ، وفي أية حال يستحق فيها المشتري من الاستيلاء على ثمرات المبيع ، حتى لو لم يكن الثمن مستحقاً ، فإنه يلتزم بدفع الفوائد بالسعر القانوني ، كما إذا سلم البائع المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠) .

وتسمى هذه الأحكام حتى لو كان البيع بالمزاد ، فلمشتري ترأسى عليه المزايد ثمرات العين من يوم رسم المزاد ، وعليه الفوائد طبقاً لشروط قائمة المزاد أو بعد الإبراء أو بعد تسليم العين إذا كانت قابلة لإنتاج ثمرات أو أرباح أخرى (الأستاذ محمد كامل مرسى فترة ٢٠٠ ص ٢١٦ - ص ٢٧٧) . أما في نزاع الملكية للمنفعة العامة ، فقد نصت المادة ١٦ من قانون نزاع الملكية (رقم ٤٧ لسنة ١٩٥٤) على أنه « يكون لمصاحب الشأن في العقار الحق في تمريض مقابل عدم الانزعاج به عن تاريخ الاستيلاء الفعل لمعين دفع التمريض المستحق من نزاع الملكية . . . » (الأستاذ عبد المنعم البدراوي فترة ٣٦٧) .

(٢) فإذا كان المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ، فقد اتفقا ضمناً على أنه عند هذا اليوم يبدأ سريان الفوائد ، أما قبل ذلك فتكون هناك مقاصة ما بين الفوائد والثمرات ، وإذا لم يتفق المتبايعان على ميعاد لتسليم ، فالتسليم واجب فوراً ، وما على البائع إلا أن يعذر المشتري أن يتسلم البيع متى تجب الفوائد عن يوم البيع كما يتصلك المشتري بثمرات وأرباح من هذا اليوم أيضاً (بلانيول وديبير وهابل ١٠ فترة ١٤٧ ص ١٦٨ - ص ١٦٩ - وأنسر بودرى وميرنيا فترة ٤٣٤ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠١ عاشر ١ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٤ - ص ١٢٤) .

التسليم ، وفي نظير ذلك لا يكون مسئولاً عن الرائد إلا من هذا اليوم كما يقضى النص (١) .

ثالثاً - فإذا لم يسلم المشتري المبيع أو تسلمه ولم يكن قابلاً أن ينتج إيراداً ، لم يكن هناك اتفاق على أن يدفع المشتري فوائد عن الثمن ، فان الفوائد لا تستحق على الثمن إلا في حالة واحدة هي أن يكون الثمن مستحق الوفاء (٢) ، وأعذر البائع المشتري أن يدفعه (٣) . فمن وقت الإعذار تجب ، الفوائد القانونية - ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية - على الثمن ، وتبقى هذه الفوائد سارية إلى يوم الدفع . وهذا استثناء آخر من القاعدة التي تقضى بأن الفوائد القانونية لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية ، فقد مرت هنا من وقت الإعذار بموجب نص خاص في القانون (٤) .

(١) ويقع هذا أيضاً عند فتح البيع واسترداد الثمن واسترداد البائع للبيع ، فتقاس الثمرات في الفوائد إلى يوم الاسترداد (استئناف مخطوط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ - ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤) . أنظر مع ذلك الأستاذ سليمان مرقس في موجز البيع والإيجار شرة ٢٧٤ ص ٣٧٤ .

(٢) سواء كان مستحق الوفاء منذ البداية أو كان مؤجلاً فحل أجله . وهذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي ، فإن المادة ١٦٥٢ منه توجب على المشتري دفع الفوائد من يوم الإعذار دون أن تميز ما إذا كان الثمن لا يزال مؤجلاً أو أنه قد حل (أوبري وردو ٥ فترة ٣٥٦ هامش رقم ٢١ - بودرى وسينيا فترة ٥٢٠) . ولكن نص المادة ١/٤٥٨ من التقنين المدني المصري يذكر الفوائد القانونية للثمن ، والفوائد القانونية لا تجب إلا عند التأخر عن الوفاء . بالثمن بعد حلول أجله ، فيجب إذن أن يكون إعذار المشتري بعد حلول أجل الدفع (الوسيط ٢ فترة ٥١٠ ص ٢٠٢ وهامش رقم ١ . وانظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فترة ٣٦٧ - الأستاذ منصور منصور ٩٩ ص ٢٢٢ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٩٦ ص ٣٥٨) . فالبايع الذي يرضى بتأجيل الثمن دون أن يشترط فوائد يكون قد أدخل ذلك في حسابه عند تحديد الثمن (الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فترة ٣٦٨ ص ٥٤٢) . أما التقنين المدني السابق (م ٢٣٠/٤١٠) فالكاكتفين المدني الفرنسي لم يخص الفوائد بأنها الفوائد القانونية ، لذلك أمكن تفسيره على أساس أن فوائد الثمن مستحقة بالإعذار دون تمييز بين ما إذا كان الثمن حالاً أو مؤجلاً (الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فترة ٤٣٧ ص ٤٣٩) .

(٣) والمطالبة القضائية من البائع باسترداد المبيع لعدم دفع الثمن تنفص إعذاراً بدفع الثمن ، فإذا قضى بالثمن من المحرر استحققت الفوائد من وقت هذه المطالبة (استئناف مخطوط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) .

(٤) وغنى عن البيان أن يمكن الاتفاق على عكس ذلك ، فيشترط المشتري على البائع ألا يدفع الفوائد حتى بعد الإعذار .

وبخلص مما قدمناه أن الفوائد لا تستحق على الثمن في الحالتين الآتيتين :
(١) إذا كان هناك اتفاق على عدم دفع ثرائد عن الثمن ، فلا يدفع المشتري فوائد في هذه الحالة حتى لو كان الثمن مؤجلاً ، وحتى لو سلم المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد ، وحتى لو أعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن بعد أن أصبح حراً . ولا تسرى الفوائد في هذه الحالة إلا من وقت المطالبة القضائية بها وفقاً لسراعد العامة . (٢) إذا لم يكن هناك أى اتفاق في شأن الفوائد ، ولم يسلم البائع المبيع للمشتري أو سلمه إيراد ولم يكن قابلاً لإنتاج إيراد (١) وإنما تستحق الفوائد في هذه الحالة إذا سلم البائع المشتري المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد ، أو حل الثمن فأعذر البائع المشتري أن يدفعه .

§ ٢ - الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالثمن

١ - الزمان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٥ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٥٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع . ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا تعرض أحد المشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آبن من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يجلس الثمن ، حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن ، على أن يقدم كفيلاً .

٣ - وبسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري شيئاً في المبيع (٢) .

(١) صدر مقرر ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مدونة عشر : رقم ١٢٦ من ٢٥٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في مادة ٦٠٦ من المشروع التمهيدى من واحد عشر مع ما اندرج عليه في التقنين المدني الجديد : بعد بعض اختلاف لفظي ، وفي لغة المراسلة :

وبقابل هذا النص في التفتين المدني السابق المادتين ٣٢٩ فقرة أولى / ٤٠٧ و ٣٣١ / ٤١١ - ٤١٢ (١) .

وبقابل النص في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري المادة ٤٢٥ - وفي التفتين المدني الليبي المادة ٤٤٦ - وفي التفتين المدني العراقي المواد ٥٧٤ - ٥٧٦ وفي تفتين الموجبات والعمود اللبناني المواد ٣٨٧ و ٤٦٦ - ٤٦٧ و ٤٧٠ - ٤٧١ (٢) .

= أدخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً، وأصبح رقمه ٤٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٥ و ص ١٣٧) .

(١) التفتين المدني السابق م ٣٢٩ فقرة أول / ٤٠٧ : في حالة عدم وجود شرط صريح يكون الثمن واجب الدفع حالاً في مكان تسليم المبيع .

م ٣٣١ / ٤١١ - ٤١٢ : وإذا حصل تعرض المشتري في وضع يده على المبيع يدعى حين سابق على البيع أو ناشئ من البائع ، أو ظهر سبب يخفى منه نزاع الملكية من المشتري ، فله أن يجبس الثمن عنده إل أن يزول التعرض أو السبب ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطلب الثمن مع أداء كفيل للمشتري .

(وتنقأ أحكام التفتين السابق في مجموعها مع أحكام التفتين الجديد) .

(٢) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٢٥ (مطابقة المادة ٤٥٧ :

مصرى - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٢٢ - ٢٢٤ و فقرة ٢٢٦ - ٢٢٩) .

التفتين المدني الليبي م ٤٤٦ (مطابقة المادة ٤٥٧ مصرى) .

التفتين المدني العراقي م ٥٧٤ : ١ - يصح البيع بشئ حال أو مؤجل إلى أجل معلوم . ويجوز اشتراط تقسيط الثمن إلى أنساط معلومة تدفع في مواعيد معينة ، كما يجوز الاشتراط بأنه إن لم يوف القسط في ميعاده يتمجبل كل الثمن . ٢ - ويعتبر ابتداء مدة الأجل والنقسط المذكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع ، ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٥٧٥ : ١ - البيع المطلق الذى لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تمجبله يجب فيه الثمن معجل . ٢ - ويجب على المشتري أن يتقد الثمن أولاً في بيع سلمة بتقد إن أحضر البائع للسلمة . أما إذا بيعت سلمة بمثلها أو تفرد بمثلها ، فيسلم المبيع والثمن معاً .

م ٥٧٦ : ١ - إذا تعرض أحد للمشتري مستقداً إلى حق سابق على عقد البيع لو آيل من البائع ، أو إذا خيف لأسباب جدية على المبيع أن يستحق ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط العقد ، أن يجبس الثمن حتى ينقطع التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذا ، =

وَيُخْلَصُ مِنْ هَذَا النَّصْرِ أَنَّ الثَّمْنَ يَكُونُ وَاجِبَ الدَّفْعِ وَقَدْ تَسْلِمُ الْمِيعَةُ : وَهَذَا حُكْمٌ لَيْسَ مِنَ النِّظَامِ الْعَامِّ فَيَجُوزُ أَنْ يَخَالَفَهُ ائْتِاقٌ أَوْ عَرَفٌ ، وَعِنْدَمَا يَصْبِحُ الثَّمْنُ مُسْتَحَقًّا لِلدَّفْعِ يَجُوزُ لِلْمُشْتَرِي حَبْسَهُ عَنِ الْبَائِعِ فِي بَعْضِ أَحْوَالٍ مَعِيَّةٍ وَبِشُرُوطٍ مَعِيَّةَةٍ . فَنَبِّحُ إِذَنْ : (١) مَنِ يَكُونُ الثَّمْنُ مُسْتَحَقًّا لِلدَّفْعِ (٢) حَبْسُ الْمُشْتَرِي لِلثَّمَنِ .

٣٩٦ - مَنِ يَكُونُ الثَّمْنُ مُسْتَحَقًّا لِلدَّفْعِ : تَقْضِي الْقَوَاعِدُ الْعَامَّةُ بِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَتِمَّ الْوَفَاءُ فَوْرًا بِمَجْرَدِ تَرْتِبِ الْإِلْتِزَامِ نَهَائِيًّا فِي ذِمَّةِ الْمَدِينِ ، مَا لَمْ يَوْجَدْ

= الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٢ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا اكتشف المشتري عيباً في المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن . (وأحكام التفتين العراقي في مجموعها لا تختلف عن أحكام التفتين المصري ، إلا أن التفتين العراقي يضع مبدأ عاماً في البيع المطلق أن يكون الثمن مستحقاً بمجرد تمام البيع ، أما التفتين المصري فيجمل الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع . ولكن النتيجة العملية واحدة ، فوقت تسليم المبيع في البيع المطلق هو وقت تمام البيع . ويوجب التفتين العراقي على المشتري نقد الثمن أولاً ، ثم يسلم البائع المبيع له بعد ذلك - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٦ وفقرة ٢٩١ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٢ - فقرة ٥٥٦) .

تفتين المراجبات والمقود البناني م ٣٨٧ : إذا لم يذكر في عقد البيع مواعيد دفع الثمن ولا شروط هذا الدفع ، عد البيع نقداً بلا شرط . م ٤٦٦ ، يجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ وعلى الوجه الميعين في العقد . وبعد البيع نقداً ، كما جاء في المادة ٣٨٧ ، ويلزم المشتري بدفع الثمن عند الاستلام ، ما لم يكن ثمة نص مخالف . وتكون مصاريف الدفع على المشتري . م ٤٦٧ ، إذا منحت مهلة لدفع الثمن ، فلا تبدى إلا من تاريخ إنشاء العقد إذا لم يهين الفريقان تاريخاً آخر .

م ٤٧٠ : إن المشتري الذي تعرض له الدبر أو كان مستهدفاً لخطر قريب هام من أنواع هذا التعرض بسبب سند سابق للبيع ، يحق له حبس الثمن ما دام البائع لم يزل عنه التعرض . على أنه يحق للبائع أن يجبره على الدفع بأن يقدم له كفالة أو ضماناً كافياً لرد الثمن ومصاريف العقد القانونية إذا نزعته يده عن المبيع . وإذا كان هذا التعرض مقصوداً على قدم من المبيع ، فلا يحق للمشتري أن يجلس من الثمن إلا ما يناسب ذلك القسم ، وتكون الكفالة مقصورة على القسم المعرض لنزع الملكية . ولا يحق للمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا كان الدفع مشروطاً على الرغم من كل تعرض ، وإذا كان المشتري عالماً وقت البيع بخبر نزع الملكية منه .

م ٤٧١ : تطبق أحكام المادة السابقة في حالة اكتشاف المشتري عيب في المبيع يوجد رده . (وأحكام التفتين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التفتين المصري) .

اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، (م ١/٣٤٦ مدني) وكان مقتضى تطبيق هذه القواعد في حالة الإلزام بالثمن أن يكون الثمن مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

و قد وجد هذا النص فعلاً ، وهو النص الذي نحن بصدده أي المادة ٤٥٧ مدني مألوفة الذكر ، ويقضى بأن يكون الثمن مستحق الدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، وذلك حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) .

فاذا لم يحدد لتسليم المبيع وقت معين ، فقد قدمنا أن المبيع يكون واجب التسليم فوراً بمجرد تمام البيع (٢) ، ومعنى ثم يكون الثمن أيضاً مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع (٣) ، ونكون بذلك قد رجعنا إلى تطبيق القواعد العامة التي سبق بيانها . على أنه قد لا يحدد لتسليم المبيع وقت فيكون المبيع واجب التسليم بمجرد تمام البيع كما قدمنا ، ولكن يحدد لدفع الثمن وقت فينتفي المتعاقدان على أن يدفع في نهاية أجل معين أو أن يدفع أقساطاً كل قسط في ميعاد معين ، فيجب في هذه الحالة دفع الثمن أو أقساطه في الميعاد أو المواعيد المتفق عليها (٤) مع تسليم المبيع فوراً بمجرد تمام البيع ، فلا يرتبط في هذه الحالة وقت دفع الثمن بوقت تسليم المبيع . وقد يقضى العرف بأن يكون دفع الثمن في وقت معين ، كأن يكون دفعه بعد تسليم المبيع أو قبل التسليم ، وليس معه ، وعند ذلك يتبع العرف سواء حدد تسليم المبيع وقت معين أو كان التسليم واجباً فوراً بمجرد تمام البيع .

وإذا حدد لتسليم المبيع وقت معين ، فعند ذلك يكون الثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً ، ونكون بذلك قد خرجنا على القواعد العامة التي رأيناها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٣٠٩ .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : ويتبين من كل ما تقدم أنه إذا لم يوجد اتفاق خاص أو عرف ، يكون المبيع مستحق التسليم وقت تمام البيع ، والثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً : ومن هذا الوقت كذلك يكون للبائع فوائد الثمن وللمشتري مخمرات المبيع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ - ص ١٣٧) .

(٤) استئناف غنط ١٢ مايو سنة ١٩١١ م ٣٣ ص ٣٢٧ .

تقضى بأن الالتزام يكون واجب الوفاء بمجرد ترتيبه في ذمة المدين أي بمجرد تمام البيع ، والخروج على القواعد العامة كان بموجب نص القانون (١) كما سبق القول . على أنه قد يحدد لتسليم المبيع وقت ويحدد وقت آخر لدفع الثمن ، فلا يكون الثمن في هذه الحالة مستحق الدفع إلا في الوقت الذي حدد لدفعه ، فيدفع جملة واحدة عند انقضاء الأجل المعين أو يدفع على أقساط كل قسط في الميعاد الذي حدد له . وقد يتفق على تحديد وقت لتسليم المبيع وعلى أن يكون دفع الثمن فوراً ، فعند ذلك يجب دفع الثمن بمجرد تمام البيع ، أما المبيع فيسلم في الوقت الذي حدد لتسليمه (٢) .

(١) وهذا بخلاف ما إذا حدد المتعاقدان وقتاً لدفع الثمن ولم يحددا وقتاً لتسليم المبيع ، فلا يرتبط في هذه الحالة وقت تسليم المبيع . وقت دفع الثمن ، بل يجب تسليم المبيع فوراً ودفع الثمن في الوقت المحدد (بودرى وسينيا فترة ٤٩٤ ص ٥٣٠) . أما إذا كان الأجل المطلق لدفع الثمن هو نظرة الميسرة أو كان أجلاً تفضل به الدائغ ، عاد اقتراح وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، ولا يسلم البائع المبيع إلا في الوقت الذي يقضى فيه الثمن (أيرى ورو ٥ فترة ٣٥٦ ص ١٠٠ بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٥ ديش ٢) .

وإذا كان المبيع متعدداً وذكر في العقد أن يسلم بعضه في وقت وبعضه في وقت آخر ، فإن الثمن يدفع عند تسليم كل جزء من المبيع بنسبة هذا الجزء . أما إذا لم يذكر في العقد وقتان مختلفان لتسليم المبيع ، فإن المشتري لا يدفع شيئاً من الثمن إلا إذا سلم كل المبيع فعند ذلك يدفع الثمن كاملاً (بودرى وسينيا فترة ٥٠٠) .

ويلاحظ أن قاعدة دفع الثمن وقت تسليم المبيع مفروضة فيها أن الثمن يدفع للبائع أو نائبه ، أما إذا اشترط البائع على المشتري دفع الثمن لشخص آخر كدائنه ، فإن وقت دفع الثمن ينفصل في هذه الحالة عن وقت تسليم المبيع ، . ثم يتفق على ميعاد لدفع الثمن إلى الأجنبي ، فإن دفع الثمن له يجب أن يكون فوراً بمجرد تمام البيع حتى لو اشترط لتسليم المبيع ميعاد متأخر (بودرى وسينيا فترة ٥٠١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ١٤٦ ص ١٦٦) .

وإذا كان الثمن مستحق الدفع وقت انقضاء ، وعرض الدائغ على المشتري المبيع عرضاً حقيقياً ، وتحلف المشتري عن دفع الثمن ، فالحكم الذي يسلم بأن أسبق يصح لاغياً ومفوضاً من تلقاء نفسه طبقاً لشروط البيع المتفق عليها لا يجوز النسي عليه بأنه رتب على تقصير المشتري في الوفاء بالالتزام إعفاء البائع من الوفاء بالالتزام المقابل ، ولا يكون منتجاً للنسي على هذا الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين في وقت واحد (نقص مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩٠ ر ٢٦ ص ٢٠٤) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعد أو قبل تسليم المبيع ، كأن يتفقا على أن يدفع الثمن حالاً بمجرد تمام البيع =

٢٩٧ - مبسّس المشتري للثمن : ومتى أصبح الثمن مستحق الدفع على النحو الذى يبتاز ، كان من حق البائع أن يتقاضاه من المشتري ولو جبراً .
 هنـه . إلا أن المشتري ، وفقاً للفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ مدنى صالفة الذكر ، يحق له أن يحبس الثمن ولو كان مستحق الدفع إذا وقع له تعرض للمبيع أو وجدت عنده أسباب جدية تجعله يخشى وقوع هذا التعرض أو وجد بالمبيع عيباً يوجب الضمان .

فوقوق تعرض بالفعل للمشتري فى المبيع يوجب ضمان التعرض والاستحقاق كما سبق القول ، ويجوز فى الوقت ذاته ، إذا كان المشتري لم يدفع الثمن ، أن يحبسه حتى لو كان مستحق الدفع كما قدما . ذلك أنه إذا تحقق الضمان كان على البائع أن يدفع قيمة المبيع ، ومن ثم جاز للمشتري أن يحبس الثمن ليكفل رجوعه بالقيمة على البائع . ولا يشترط أن يقع التعرض بالفعل للمشتري ، كما يشترط ذلك فى تحقق ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يكفي أن يكون عند المشتري أسباب جدية يخشى معها من وقوع هذا التعرض (١) . فلو كشف

= ولو كان تسليم المبيع مؤجلاً ، أو على أن يدفع الثمن مؤجلاً على أقساط أو جملة واحدة ولو كان المبيع قد سلم فى الحال . وقد يقضى العرف بأحكام أخرى فيتعين اتباعها (مجموعة الأعمال انضهيرية ٤ ص ١٣٦) .

وقد ترتبط مواعيد دفع الثمن بميعاد التسليم فيحل القسط الأول من الثمن عند تسليم المبيع وتحل الأقساط الباقية فى مواعيد معينة بعد التسليم ، فيكون مبدأ سريان مواعيد الأقساط الباقية هو الوقت الذى يتم فيه التسليم فعلاً ولو تأخر عن الوقت المتفق عليه . وقد قضت محكمة النقض بأن المفهوم من نصوص لائحة بيع أراضي بلدية الإسكندرية أن الميعاد الذى أعطى للمشتري لدفع ثلث الثمن هو بعينه الميعاد الذى أعطى للبائع لتسليم المبيع ، فهما متساويان تمام التماسك . فإذا كانت أرض البلدية التى رسا بزيادة على المشتري ودفع ثلث الثمن فى الخمسة الأيام التالية لرسو المزايد قد تأخر تسليمها إليه لخلاف بينه وبين المجلس فى شأن هذا التسليم ، ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض أجزاء أخرى للمشتري مجاورة للأرض المبيعة أولاً ، وتم تسليم كل ما بيع من الأرض فى تاريخ معين ، فإن ميعاد استحقاق لنقسط الأول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الأرض بمساحتها الأخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزايد (نقض الدى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٣ ص ٢٧٣) .

(١) ويجب أن نكون الأسباب جدية ، فالترحم لا يكون (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣١) . ولا يكون طلب الشفعة سبباً كافياً لمبسّس المشتري الثمن ، فإذا =

أن الملكية البائع كانت ملكية معلقة على شرط نسخ وخشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق ، أو معلقة على شرط واقف وخشى أن يكون هذا الشرط لم يتحقق ، أو أن البائع اشترى المبيع ولم يدفع الثمن فأصبح البيع الصادر له مهدداً بالفسخ (١) . أو أن المبيع مثقل بحق رهن (٢) أو حق اختصاص (٣) أو حق ارتفاق ولو لم يتعرض صاحب هذا الحق فعلاً للمشتري في انتفاعه بالمبيع ، بل لو وسم أن هناك قيوداً (inscriptions) على المبيع لم تشطب حتى لو أكد له البائع أن هذه القيود قد زالت أسبابها (٤) إذ من متقه أن يطلب من البائع شطب هذه

= لم يدفع من يطلب الأخذ بالشفعة الثمن إلى البائع ، وجب على المشتري نفسه دفعه إليه (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٧) . ولا يكن كذلك مجرد إعلان الراى عليه المزايد بسبب الاستحقاق (استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٧) . وإذا مضى وقت كاف لتملك المشتري المبيع بالتقادم ولم بعد يخشى التعرض ، فليس له أن يحبس الثمن (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧) . ولا يكن ظهور عجز في مقدار الحبس كل الثمن ، ويكفى في هذه الحالة حبس ما يقابل العجز من الثمن (استئناف مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥) . وليس للمشتري أن يحبس الدفعة المستحقة من الثمن إذا كان لا يزال باقياً من الثمن دفعات لم تحل وتكون لتغطية ما هو مهدد به من استحقاق جزئى (استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٦) . وإذا لم يحبس المشتري دفعة من الثمن ، فهذا لا يمنعه من حبس الدفع الأخرى التى تستحق بعد ذلك (استئناف مختلط - مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) . وللمشتري حبس الثمن إذا كان البائع قد ملك المبيع برسر المزايد ولم يدفع الثمن ، فأصبح مهدداً بإعادة المزايد عليه (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٣) . وللمشتري أن يحبس الثمن بمجرد وجود رهن أو حق اختصاص أو أى حق آخر على المبيع يتهدد (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٢٢ ص ١٤٩ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحامدة ٥ رقم ٦٦٢ ص ٩١١ - ١١ فبراير سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١٣٩ ص ١٤) . وله أن يحبس الثمن حتى يتنوم البائع بشطب التسجيلات التى تعهد بشطبها (استئناف وطنى ٨ فبراير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٧ ص ٩٨) .

(١) وبخاصة إذا كان البائع الأول قد رفع دعوى فسخ وسجل صحيفة قبل أن يسجل المشتري فقد شرأه .

(٢) استئناف وطنى ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٦ - ما لم يكن واضحاً وضوحاً كافياً أن هذه القيود لا قية لها

إطلاقاً (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٧٢ هامش ٤) ، وهذا إذا لم يكن المشتري قد اشترط =

في كل هذه الأحوال تقوم عند المشتري أسباب جديدة يخشى معها زرع المبيع من يده ، وإذا كان لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق لعدم وقوع تعرض بالفعل ، فإنه يستطيع مع ذلك أن يجبس عنه

= في عقد بيع شطب القيود قبل دس الثمن . وإذا كان المشتري على غير بينة من أمر دين ثابت مسجل على الدين المبيعة ، ولا أن صاحب هذا الدين قد شرع من أجله في إجراءات زرع الملكية التي أوشكت على التمام ، وذلك لأن إشارة البائع في العقد إلى حق الامتياز الثابت لهذا الدائن لم تكن لتنفيذ أنه مجرد من مرسوم ، فالمشتري يحق في حبس باقي الثمن ، ولا يؤبه لما نص عليه العقد من أن وجود الحق الذي يدعيه الدائن لا يمنع من دفع باقي الثمن إذ يعتبر هذا شرطاً قائماً على الفسخ بنقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥ .

(١) ولكن مجرد احتمال وجود تسجيلات على الدين المبيعة لا يمكن لتحويل المشتري حق حبس الثمن . وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على الدين المبيعة لا يحول المشتري حق حبس الثمن حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات ، وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع . فإن القانون ، إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدي الظاهر الذي يهددها ، قد ألزمه مع الثمن . ومتى كان المشتري هو الذي امتنع به إنذاره رسمياً عن دفع الباقي من الثمن مقابل شطب التسجيل ، الذي كان يهدد ملكيته ، ثم لم يقم من جانبه بما هو ملزم به قانوناً وبحكم العقد ، فلا يصح اعتبار البائع مضمراً في الوفاء بالتزاماته قبله (نقض مدني ٢٨ ماي سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشتري المشفوع منه لأن حقه في استرداد ما دفعه من الثمن إلى البائع مضمون قبل الشفع ما لا يجوز له حبس الثمن ، فإن هذا القول لا يصدق على المشتري الثاني للمقار الذي لم يختصم في دعوى الشفعة ، إنما يحون في هذه الحالة مقطوع السلسلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه إلى البائع ، ومن ثم يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون المقار المشفوع فيه قد زعت ملكيته . وعلى ذلك يجوز لهذا المشتري الثاني حبس الثمن ، حتى يفصل في دعوى الشفعة (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣) .

كذلك المشتري حبس الثمن إذا لم يقم البائع بتطهير العين في الميعاد المستخلص من شروط التسليم ، وليس للبائع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لحبس المشتري للثمن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا احتج البائع لعدم قيامه بتطهير الدين من الدين الذي عليها بأن تعهده بذلك لم يعين له في العقد وقت يجب إتمامه فيه ، فأجابات المحكمة على ذلك بأنها رأت من الأوراق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى أن كلا الطرفين التزم بما تعهد به مع التزام الآخر بتعده ، وأن التطهير كان يجب أن يتم من جانب البائع في ميعاد غايته اليوم الذي حدد لاستحقاق القسط الأخير من باقي ثمن المبيع ، وكان ما أوردته المحكمة في هذا الصدد من شأنه أن يؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا محتج عليها في ذلك (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٤٥٠) .

الثمن . كذلك لو كشف المشتري عيباً في المبيع وكان من العيوب التي توجب الضمان على النحو الذي قدمناه في ضمان العيوب الخفية ، فإن للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يحبس الثمن . على أنه يشترط لجواز حبس الثمن في جميع الأحوال المتقدمة ألا يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري يقضى بأنه لا يحق للمشتري حبس الثمن لسبب من هذه الأسباب . ذلك أن حق حبس الثمن ليس من النظام العام ، بل هو قد تقرر لمصلحة المشتري ، فالمشتري أن ينزل عنه قبل قيام صفيه أو بعد قيام هذا السبب (١) . ويعدل الاتفاق على عدم جواز حبس الثمن أن يكون هناك سبب يقضى بعدم ضمان البائع لاستحقاق المبيع أو للعيوب الخفية فيه ، فإنه لا يكون هناك محل لحبس الثمن عنه إذ أن الثمن مستحق له حتى لو ثبت الاستحقاق أو ظهر العيب (٢)

فاذا توافرت الشروط التي قدمناها ، كان للمشتري أن يحبس الثمن عن البائع ولو كان مستحق الدفع كما قدمنا . ولكن يجب ألا يكون المشتري قد دفع

(١) ولما كان المشتري ينزل بهذا الاتفاق من حق له فإنه يجب أن يكون النزول واضحاً لا لبس فيه شأن النزول من أي حق . فلا يكفي وعد المشتري بمذكفه قيام سبب لحبس أن يدفع الثمن في ميعاد معين ، فقد يحمل هذا الوعد على أن المشتري أراد أن يفسح الوقت أمام البائع لإزالة سبب الحبس . كذلك لا يكفي أن يكون المشتري قد تعهد بدفع الثمن لأجنبي لسقوط حق الحبس ، فإن المشتري يستطيع أن يمنح بمقتضى الحبس تجاه الأجنبي كمن يمنح به تجاه البائع . وسنرى أنه لا يكفي أن يقبل المشتري حوالة البائع للثمن ، فالقبول وحده لا يستخلص منه نزول المشتري من حقه في الحبس ، فإذا اقترنت بظروف تقيد هذا القبول سقط حق المشتري في الحبس (بودرى وسينيا فقرة ٥١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

كذلك لا يكفي علم المشتري وقت البيع بخفي نزع الملكية عنه حتى يحرم من حق الثمن ، وإن كان الثمنين البنائي (م ٤٧٠) ينص على أن ذلك يكفي . ذلك أن علم المشتري بسبب الاستحقاق في القانون المصري لا يكفي لسقوط ضمان الاستحقاق عن البائع ، فلا يكفي هنا أيضاً لسقوط حق حبس الثمن من المشتري . وقد قضت محكمة النقض بأن جهل المشتري بسبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطاً في قيام حقه في الحبس ، أما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنسأله عن الحبس ، وذلك على حسب ما ينشأ به واقع الادعى (نقض مدني ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٧ ص ٤٩٨ . وانظر أيضاً بودرى وسينيا فقرة ٥١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ويجب أن يكون الضمان قد سقط كلية من البائع ، أما إذا كان لا يزال ملزماً بدفع قيمة المبيع فإن المشتري الحق في حبس الثمن (بودرى وسينيا فقرة ٥١٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

التمن إلى الدائن ، وإذا كان قد دفعه لم يحق له استرداده منه لحبسه (١) ، ويكون حبس الحبس قد سقط بالبيع حتى لو أن المشتري وقت أن دفع الثمن لم يكن عالماً بتمام سبب الحبس (٢) . فإذا كان لم يدفع الثمن كان له أن يحبس كما سبق القول ، ولا يستطيع البائع أن يطلب منه دفعه ، بل لا يستطيع أن يطلب منه إيداعه خزانة المحكمة (٣) . فالمشتري حر إن شاء حبس الثمن في يده وبقي ديناً في ذمه ، وإن شاء أودعه خزانة المحكمة وبرت ذمته منه (٤) . غير أن له مصلحة في إيداعه خزانة المحكمة بدلاً من حبسه في يده ، ليس فحسب حتى تبرأ ذمته من الثمن ، بل أيضاً لقطع سريان الفوائد إن كانت مستحقة على الثمن ، فإن الفوائد لا تنقطع إذا بقي الثمن في ذمته ولو كان حائساً له (٥) كما قدمنا ، وتنقطع (٦) لذا هو أودعه خزانة المحكمة (٧) . وإذا قام سبب الحبس في بعض المبيع لاي

(١) وإذا سلم المشتري الثمن للساح الذي يتول كتابة العقد أو للوسيط ، فإن من سله له متبراً بإياه وكلياً عن البائع لم يستطيع استرداده ، أما إن كان سله له معتبراً بإياه وكلياته لتسليمه إلى البائع بعد الكشف من المقار جاز له أن يسترده (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ ص ٢٢٧ - ص ٢٣٨) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٥٠٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٠ .

(٣) بودري وسينيا فقرة ٥٠٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ - أوبري ورو »

فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ .

(٤) ويستطيع بعد إيداعه خزانه المحكمة ، وقبل قبول الإيداع أو الحكم بصحته ، أن يسترده ويحبسه في يده (بودري وسينيا فقرة ٥١١) .

(٥) نفق مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣٥٠ ص ٢٧٩ - استئناف نصراً ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ - استئناف غنطل ٧ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٦ . بل لا يستطيع المشتري حبس الفوائد مع الثمن ما لم يكن قد حرم من الانتفاع بالمبيع فعند ذلك يحق له حبس الفوائد أيضاً (بودري وسينيا فقرة ٥١٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ - قارن لوران ٢٤ فقرة ٣٢٧ - وانظر استئناف غنطل ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٧ ص ١٦٨) .

(٦) ولكنها لا تنقطع إذا كان الإيداع غير صحيح (نفق مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفق ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤) ، أركان قد أودع الثمن وحجز عليه دائن البائع وبقي مودعاً بسبب معارضة منه في التوزيع الوقتي أو النهائي ويتبين أن المعارضة لا أساس لها (استئناف غنطل ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٨) .

(٧) أوبري ورو » فقرة ٢٥٦ ص ١٠١ - بودري وسينيا فقرة ٥١٩ . وانظر آنفاً فقرة ٣٩٢ والمباشر .

كله ، بأن وقع تعرض في جزء من المبيع أو خشي المشتري وقوع هذا التعرض أو ظهر على المبيع حق رهن لا يستغرقه أو حق ارتفاق أو نحو ذلك ، فليس للمشتري أن يجبس كل الثمن ، بل يجبس جزءاً منه يتناسب مع الخطر الذي يتهده ، فيجبس ، مثلاً ما يسارى الدين المضمون بالرهن أو يعدل قيمة حق الارتفاق أو قيمة الجزء المهدد بالاستحقاق (١) . وحق المشتري في حبس الثمن على النحو الذي قدمناه يحتاج به المشتري ، ليس فحسب تجاه البائع ، بل أيضاً تجاه الغير كما إذا حول البائع الثمن فان للمشتري أن يمنح بحق الحبس تجاه المالك له حتى لو كان المشتري قد قبل الحوالة ما لم يستخلص من هذا القبول نزوله عن الحق في الحبس (٢) .

وحق المشتري في حبس الثمن ، وإن ورد فيه نص خاص (م ٤٥٧/٢ و مدني) ليس إلا تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ *exceptio non adimpleti contractus* ولحق في الحبس بوجه عام *droit de rétention* . فالزام المشتري بدفع الثمن للبائع يقابله الزام البائع بنقل ملكية هادئة ناعمة للمشتري ، فإذا وجدت أسباب جديدة يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه ، كأن يخشى المشتري تعرض الغير فلا تخلص له الملكية الهادئة أو يكشف عيباً في المبيع فلا تخلص له الملكية الناعمة ، كان له أن يقف بتنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه (٣) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٩ ص ١٧٣ - وإذا اختلف المشتري مع البائع على القدر الذي يحبس من الثمن قدرت المحكمة هذا القدر وتساوى في ذلك عند الحاجة برأى الخبراء . (بودري وسينيا فقرة ٥١٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٣٨ - وقارن الأستاذ جميل الشراوى ص ٢٩٧) .

وفي تقنين الموجبات والمقود البناني نص (م ٤٧٠) يقضى بأنه : « إذا كان التعرض مقصوراً على قسم من المبيع » فلا يحق للمشتري أن يجبس من الثمن إلا ما يتناسب ذلك المقدم . (انظر آنفاً فقرة ٣٩٥ في الهامش) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٥٠٧ .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التهدي في هذا المعنى : « وحق الحبس هذا ليس إلا تطبيقاً للحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ المقدم وهما مقرران في القواعد العامة » (بمجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٦) .

ويبقى حق المشتري في حبس الثمن قائماً ، ولا يسقط إلا بأحد أمرين
(١) إذا زال سببه ، فانقطع التعرض بنزول المتعرض عما يدعيه ، أو زال الخطر
بأن دفع البائع مثلاً لمن له رهن على المبيع الدين المضمون بالرهن أو شطب القيد
المأخوذ على المبيع ، أو أصلح البائع العيب الذي كشفه للمشتري في المبيع
أو عوضه عنه التعويض الكافي أو حسم النزاع في شأنه . (٢) إذا قدم البائع
للمشتري كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض
والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض (١) .

== على أن هناك ترسماً في مبدأ الدفع لعدم التنفيذ إذا كان حق المشتري في حبس الثمن يرجع ،
لا إلى تعرض فعل أو عيب كشفه المشتري ، بل إلى مجرد خشية المشتري من أن ينزع المبيع
من يده ، فهذا لا يمكن القول بأن البائع لم ينفذ التزامه ، بل كل ما هناك أنه يخشى من عدم
إمكان البائع من تنفيذ التزامه ، وهذه حالة لا تجوز الدفع بعدم التنفيذ في تطبيقاته العامة ، وتجيزه
هنا في هذا التطبيق الخاص (بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٨ - الأستاذ عبد الفتاح
عبد الباقي فقرة ٢٧٩ ص ٢٩٤ - الأستاذ عبد المنعم البدر أرى ص ٥٤٩) . ومن ناحية أخرى
فإن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ أوسع من الحالات المذكورة في المادة ٣٥٧/٢ مدني ، فيصح
للمشتري أن يحبس الثمن إذا تعرض له البائع شخصياً أو إذا لم يتم بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية
أو إذا لم يسلم المبيع أو إذا لم يتم بأى التزام آخر نشأ في ذمت من عقد البيع (الأستاذ محمد كامل
عمري فقرة ١٩٩ ص ٣٧٠ - ص ٣٧١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٧٩ -
ص ٢٩٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦ -
استئناف مخطوط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٣ - أول أبريل سنة ١٣١٤ م ٢٦
ص ٣٠٣ - ٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٥٦ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٢ .
وتقدم الكفالة في حدود الثمن الجائز حبه ، فإذا زاد التعويض عن ذلك لم تكن الكفالة
واجبة إلا بمقدار الثمن فهو وحده الذى يحق للمشتري أن يحصل على ضمان لاسترداده من البائع
إذا كان للاسترداد محل . وتقدم الكفالة من حق البائع ، فإذا لم يشأ تقديمها لم يستطيع المشتري
إجباره على ذلك ، وليس له إلا حبس الثمن (بودرى وسينيا فقرة ٥١٥) . وإذا كان هناك
اتفاق على أن المشتري لا يدفع الثمن إلا بعد أن يشطب البائع القيد المنقذه على المبيع ، كان
المشتري ألا يدفع الثمن ولو قدم البائع له كفالة إلا بعد شطب القيد (بودرى وسينيا
فقرة ٥١٦) كذلك يحق للمشتري حبس الثمن بالرغم من تقديم الكفالة إذا أراد تطهير المبيع
من الرهن ، ويجب لذلك أن يستبقى الثمن في يده لعرضه على الدائن المرتهن (بودرى وسينيا
فقرة ٥١٧ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٥٣) .

وإذا كان البيع ملحوظاً عليه وفاة الزوج اتى على الدين المبيعة من الثمن ، أغنى عن تقديم
الكفالة أو يطلب البائع من المشتري إيداع الثمن كضمانة المحكمة على ذمة الدائنين لموافاة بهم =

(ب) المكان الذى يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٦ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء فى المكان الذى سلم فيه ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به المكان الذى يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن ، (١) .

== وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى أن المشتريين تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثانى منه ، وكان هذا البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التى على العين المبيعة من الثمن ، ثم أنذرهم بإيداع الثمن خزانة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفهم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها ، ومع ذلك لم يودعوا . فطلب البائع فسخ البيع ، فنقضت المحكمة رفض هذا الطلب ، مرسمة حكمها على مجرد أن المشتريين استخرجوا فى نفس الشهر الذى حصل فيه البائع شهادة عقارية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة ببائى عشر تسجيلاً أثبتت على ألقى جنبه ، وأن هذه الشهادة شملت جملة تنبيهات عن نزع ملكية العين ، وأن هذه الحالة تشفع للمشتريين فى حبس الثمن لثبوت خطر نزع الملكية ، فهذا القضاء يكون مخالفاً للقانون . إذ الإيداع بالخزانة هو غير كفالة يمكن أن يطالب بها المشتري ، فعليه متى طلب ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع . ولا يمد هذا فى حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه ما دام المشتري غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن وما دام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن إلى البائع (نقض مدنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٤٩٧) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٠٥ من المشروع التمهيدى عن وجه يتفق مع ما استقر عليه فى التقنين المدنى الحديث ، فيما عدا عبارة « سلم فيه المبيع » الواردة فى الفقرة الأولى فقد كانت فى المشروع التمهيدى « سلم فيه المبيع » . وعدلت هذه العبارة فى لجنة المراجعة ، فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقم ٤٩٦ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت ٤٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٣٢ - ص ١٣٤) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٢٨/٤٩٦ و ٣٢٩ فقرة ١/٤٠٨ - ٤٠٩ (١) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٧٣ - ولا مقابل لما في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

ويخلص من هذا النص أنه لتحديد المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن يتعين التمييز بين حالتين : (١) حالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع . (٢) وحالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٢٨/٤٠٦ : يجب على المشتري وفاء الثمن في المياد وفي المكان المبين في عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه .
م ٣٢٩ فقرة ٢ و ٣/٤٠٨ - ٤٩٩ : وإذا كان الثمن مؤجلاً يكون دفعه في محل المشتري ، ومع ذلك يراعى في هذه المادة عرف البلد والعرف التجاري .
(ولم تذكر هذه المصوص أن مكان الوفاء بالثمن هو نفس مكان تسليم المبيع لو كان وقت دفع الثمن هو نفس وقت تسليم المبيع ، ولكن هذا الحكم كان يستخلص ضمناً من مقصود المصنّف .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٤ (مطابقة المادة ٤٥٦ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ منصور الزرقا فقرة ٢٢٥) .
التقنين المدني الليبي م ٤٤٥ (مطابقة المادة ٤٥٦ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٣ : إذا كان مكان أداء الثمن معيّن في العقد لزم أدائه في مكان المشروط أدائه فيه ، فإذا لم يعبّر المكان وجب أدائه في المكان الذي يسلم فيه المبيع وإذا لم يكن معيّن استعملت عند تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في محل المشتري وقت الاستحقاق ، ما لم يوجد عرف أو قانون يفرض غير ذلك .

(وأحكام التقنين العراقي تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الدين فقرة ٢٧١ و فقرة ٢٨٧ والاستاذ مينا حسن الصراف فقرة ٥٥٠ - فقرة ٥٥٢) .

تقنين العقود اللبناني : لا يوجد نص مماثل ، فتسرى القواعد العامة ، وهذه تنص بأن يكون الوفاء بالثمن في وطن المدين (م ٢٠٢ لبناني) ، عالم يوجد اتفاق يختلف ذلك .

٣٩٩ - **التمن متى يدفع وقت تسليم المبيع** : يخلص بما عداها
في تحديد الوقت الذي يجب فيه الوفاء بالتمن أن التمن يكون مستحق الدفع وقت
تسليم المبيع في الفروض الآتية :

(١) إذا لم يحدد وقت لا لتسليم المبيع ولا لدفع التمن ، فعندئذ يكون تسليم
المبيع واجباً وقت تمام البيع ، وفي هذا الوقت أيضاً يكون التمن مستحق الدفع .

(٢) إذا حدد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع التمن .

(٣) إذا حدد وقت معين لتسليم المبيع دون تحديد وقت ما لدفع التمن ،
فعندئذ يكون التمن مستحق الدفع في الوقت الذي يتم فيه تسليم المبيع .

ففي هذه الفروض جميعاً ، ما دام التمن يدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ،
فانه يدفع أيضاً في المكان الذي يسلم فيه المبيع ، حتى يكون تنفيذ الالتزامين
المتقابلين في وقت واحد وفي مكان واحد (١) . وقد قدما أن تسليم المبيع يكون
في المكان الذي يوجد فيه عند تمام البيع ، فإذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت
وجب تسليمه في موطن البائع (٢) . ويترتب على ذلك أنه في الفروض الصائفة
ذكرها - حيث يكون التمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع - يجب دفع التمن
إما في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام البيع إذا كان له محل وجود ثابت ،
وإما في موطن البائع إذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت ، وبذلك يتم تسليم
المبيع (٢) ودفع التمن في وقت واحد وفي مكان واحد . وسواء دفع التمن في المكان

(١) فإذا كان المشتري هو الذي يطلب المبيع وجب عليه أولاً أن يدفع التمن ، وإذا كان
البائع هو الذي يطلب التمن وجب عليه أولاً أن يسلم المبيع (" أنسيكلوبيدي دالوز " لفظ *vente*
فقرة ١٥٨١) . وإذا أرسل البائع السلعة إل المشتري في مقابل دفع ثمنها (*contre rembour-*
sement) فكان تسليم المبيع ودفع التمن هو موطن المشتري (" أنسيكلوبيدي دالوز " لفظ
vente فقرة ١٦١٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٠ .

(٣) ولا بد أن يتم التسليم فعلاً في المكان الذي يدفع فيه التمن ، حتى يكون تنفيذ كل من
الالتزامين المتقابلين في مكان واحد . وهذا ما يعلل أن عبارة " يسلم فيه المبيع " التي كانت
واردة في نص المشروع الصهيوني قد عدلت في لجنة المراجعة فأصبحت " سلم فيه التمن "
(بمروءة الأفعال التشريعية ٤ من ١٣٢ - وأنظر آنفاً فقرة ٣٩٨ في الخامس) .

الذي يوجد فيه المبيع أو دفع في موطن البائع ، ففي الفرضين يكون الحكم استثناء من القواعد العامة ، وهي تقضى بأن يكون وفاء الالتزام - وهو هنا الثمن أى مبلغ من النقود - في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (م ٢/٢٤٧ مدني) . فلو قد دفع الثمن ، لاني موطن المدين وهو المشتري أو في مركز أعماله ، بل دفع إما في مكان وجود المبيع وإما في موطن الدائن وهو البائع .

كل هذا بطبيعة الحال ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه .

٤٠٠ - **التمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع :**
ويكون الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع في الفرضين الآتين :
(١) إذا حدد وقت معين للدفع الثمن دون أن يحدد وقت ما لتسليم المبيع ،
هذا الفرض يكون تسليم المبيع واجباً بمجرد تمام البيع ، ويكون دفع الثمن واجباً في الوقت الذي حدد له .

(٢) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن وحدد وقت آخر لتسليم المبيع ، فيكون دفع الثمن وتسليم المبيع واجبين في وقتين مختلفين .

وعندئذ - في الفرضين المتقدمين - تنتفي الحكمة من جعل مكان دفع الثمن هو مكان تسليم المبيع ، فقد كانت وحدة المكان ملحوظة عندما كان الوقت واحداً أيضاً حتى لا يسلم المبيع ويدفع الثمن في وقت واحد وفي مكانين مختلفين . أما الآن والتمن يدفع في وقت غير الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، فلم تعد هناك ضرورة في أن يدفع في المكان الذي يسلم فيه المبيع (١) . ومن ثم وجب الرجوع في هذين الفرضين إلى القواعد العامة ، وهي تقضى كما رأينا بأن دفع الثمن يكون

(١) لكن إذا كان الأصل المنسوخ لمشتري الدفع الثمن من نظرة المبيرة أو كان أبولاً يفضل به عليه البائع ، بق المشتري ملتزماً بدفع الثمن في المكان الذي تسلم فيه المبيع وإن كان يدفعه في وقت غير وقت تسليم المبيع (جيوار ٢ بقرة ٥٦٠ - أوبري ورو ، بقرة ٢٤٦ ١٠٠ - بودري وسبينا بقرة ٤٩٦ - بلانورل وريبير ومال ١٠ سمر ١٦٥ مارس ١٩٠٠) .

في موطن المشتري أو في مركز أعماله وقت استحقاق الثمن . وهذا مانصت عليه
فعلا الفقرة الثانية من المادة ٤٥٦ مدني إذ تقول : « فإذا لم يكن الثمن مستحقا
وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري
وقت استحقاق الثمن » . فليس هذا النص إلا بيانا للقواعد العامة المتقدم
ذكرها ، ومن ثم وجب أن يكون مكان دفع الثمن ، إذا كان البيع متعلقا
بالأعمال التي يمارسها المشتري عادة وبخاصة إذا كان بيعا تجاريا ، هو مركز
أعمال المشتري (م ٢/٣٤٧ مدني) .

وكل هذا أيضا ما لم يوجد اتفاق أو عرف بخالفه (١) .

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالثمن

٤٠٩ - **تأثير القواعد العامة :** إذا أخل المشتري بالتزام الوفاء بالثمن ،
كفلت القواعد العامة تعيين الجزاء على هذا الإخلال . فالبيع عقد ملزم للجانبين
يُنشئ التزامات متقابلة ، والالتزامان المتقابلان الرئيسيان فيه هما التزام البائع
بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع . فإذا لم يف
المشتري بالتزامه ، جاز للبائع بداهة أن يلزمه بالتنفيذ فينفذ جبرا على ماله بالثمن
ويستطيع بوجه خاص أن ينفذ على المبيع ذاته بعد أن أصبح ملك المشتري وله
عليه حق امتياز البائع فيتقدم فيه على سائر دائي المشتري . وجزاز للبائع أن يطلب

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المكان الذي يجب فيه الأداء
بالثمن : « أما المكان فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون موطن المشتري وقت الاستحقاق
الثمن ، وهذا ما قرره المشروع فيما إذا لم يكن الشئ مستحقا وقت تسليم المبيع . أما إذا كان
مستحقا في هذا الوقت ، فإن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن
وقد تسليم المبيع وفي مكان هذا التليم . كل هذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره
(مجموعة الأعمال التشريعية : ص ١٣٦) .

فسخ البيع تالياً لقواعد الفسخ المقررة في العقود الملزمة للجانبين (١). وجاز للبائع أخيراً ، إذا كان لم يسلم المبيع إلى المشتري ، أن يحبس في يده حتى يستوفى الثمن ، تطبيقاً لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقررة أيضاً في العقود الملزمة للجانبين . وهذه الجزاءات المختلفة - التنفيذ الجبري وحق الامتياز وحبس المبيع وفسخ البيع - لها أهمية عملية بالغة في البيع بوجه خاص ، لما لهذا العقد ذاته من أهمية عملية بالغة أشرنا إليها منذ البداية (٢) . وهي ضمانات قوية للبائع تيسر له الحصول على حقه من المشتري بطرق متعددة فتكفل بذلك مصلحته ، وتكفل في الوقت ذاته مصلحة المشتري نفسه إذ تهيء له سبل الائتمان فيستطيع في سمر أن يجد البائع الذي يمهله في الوفاء بالتزامه مطمئناً لما وضع القانون بين يديه من ضمانات قوية .

أما التنفيذ الجبري وحق الامتياز فلهما مكان آخر ، الأول مكانه قانون المرافعات والثاني عند الكلام في حقوق الامتياز . وبنى للبحث هنا طريقتان :
(١) حبس المبيع (٢) وفسخ البيع (٣) .

(١) وقد كان المشروع - الذي يشتمل على نص هو المادة ٦٠٩ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه ، أو لم يقيم بالالتزامات الأخرى التي نشأت من عقد البيع ، فالبايع بالخيار بين أن يلزم المشتري بالتنفيذ أو أن يطلب فسخ البيع » . والنص مقتبس من المادة ٤١٣/٣٣٢ من التقنين المدني السابق ، وتنص على أنه « إذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع في الميعاد المتفق عليه ، كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب إلزام المشتري بدفع الثمن » . وقد حذفت المادة ٦٠٩ من المشروع التمهيدي في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من انقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٤٦ في الهامش و ص ١٤٩ في الهامش) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٥٨١ من التقنين المدني العراقي « وأنظر استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٥ » .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٥١ - ص ١٥٢ و ص ١٥٤ .

(٣) وقد يشترط البائع ألا يتصرف المشتري في المبيع قبل وفائه بالثمن كاملاً ، فهذا الشرط صحيح ، ومتى سجل البيع مقترناً بهذا الشرط جاز الاحتجاج به على من يتصرف له المشتري قبل الوفاء بالثمن (استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٦٢ - يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ : ولكن يجوز للمشتري أن يعتبر البيع الصادر له مبيعاً صحيحاً فنسلك بالتقادم القصير - ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٦ - ١٧ أبريل سنة ١٩٣٤ =

§ ١ - حبس المبيع

٤٠٤ - النص الرسمي القانوني : تنص المادة ٤٠٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

١٥ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فالبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع .

٢٥ - وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل اشترط لدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ .

وتنص المادة ٤٦٠ على ما يأتي :

وإذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع ، (١) .

(م ١٩ م ٢٥٥) . وقد يحتفظ البائع بالملكية حتى وفاة الثمن (استئناف مخطوط ١٢ : ٢٥٥ سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩١ - ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧) ، وقد يشترط أنه في حالة تأخر المشتري في دفع قسط محل باقي الأقساط وتستحق عليها جيباً فوائده تأخير دون حاجة إل إصدار ، فيصبح الشرط (استئناف مخطوط ١٤ يونية سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ٣٦٢) . وإذا اشترط البائع فسخ البيع عند تأخر المشتري في دفع قسط مع اعتبار الأقساط المدفوعة من قبل مستحقة للبائع على سبيل التمريض ، نظر القاضي في إعطاء البائع التمريض المناسب ، وإلا كان المبلغ المدفوع على سبيل التمريض أكبر كلما كانت الأقساط المدفوعة أكثر (استئناف مخطوط ١٩ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٠٧ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٤٩ - أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٤٠) .

(١) تاريخ النص

٤٠٤ - يرد هذا النص في المادة ٦٠٧ من المشرع التمهيدى ، والفقرة الأولى من نص المشرع التمهيدى السابق ما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد . أما الفقرة الثانية من نص المشرع التمهيدى ، فكانت تجرم على الوفاء الآتي : وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ، حتى لو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن ، إذا كان المشتري قد أصدر ما يثبت من أنه يملك ثمنه ، لو أنه كان في حالة إكراه يوجب أن يدفع الثمن في الحال ، ما لم يقدم المشتري كفالة ، على الرأفة لمالك المبيع ، أو كفالة يوافق عليها المشتري ، وإلا كان الهلاك

(م ١٩ م ٢٥٥) - (م ١٩ م ٢٥٥)

وتقابل هذه التصور في التقنين المدني السابق المواد ٢٧٤/٣٤٥ و ٢٧٩/٣٥٠ و ٣١١/٢٨٠ و ٣٥٣/٢٨١ و ٣٥٢ مختلط (١).

الوارد فيه على المادة ٢٧٣ من التقنين المدني الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٤٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٣ - ص ١٤٥) .

م ١٦٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٠٨ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
 « ١ - إذا حق للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، فلا يجوز للمشتري أن يستول على المبيع دون إذن من البائع ، وإلا جاز لهذا البائع أن يسترد المبيع . ٢ - على أنه إذا ملك المبيع في يد المشتري ، كان الهلاك عليه . ٣ - أما إذا سلم البائع المبيع طوعاً ، فليس له أن يسترده ، ولكنه يحتفظ بحقه في المطالبة بفسخ العقد » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة لعدم ضرورتها ، وعدلت الفقرة الثانية بجعلها تنص على حكم الحالة العكسية لأنها أكثر خفاءً ، فأصبح النص على الوجه الآتي : « ١ - إذا استلم البائع حقه في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، فليس للمشتري أن يستول على المبيع دون إذن البائع ، وإلا جاز للبائع أن يسترد المبيع . ٢ - وفي جميع الأحوال إذا ملك المبيع في يد البائع وهو حابس له . كان الهلاك على المشتري » . وصار رقم المادة ٤٧٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت الفقرة الأولى منها ، تطبيقاً واضحاً للقواعد العامة لا ضرورة للنص عليه ، فأصبحت المادة مقصورة على الفقرة الثانية بعد أن أضافت إليها اللجنة حالة ما إذا كان المبيع قد هلك بفعل البائع وهو حابس له وقضت أن الهلاك في هذه الحالة يكون عليه لا على المشتري ، وهذه الحالة محتملة التفرع فوجد من المفيد النص عليها . وأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٦ و ص ١٤٨ - ص ١٤٩) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٤٥/٢٧٤ : وضع اليد على المبيع بدون إذن البائع لا يكون معتبراً إن لم يمتنع الثمن المستحق ، بل يكون للبائع الحق حينئذ في استرداد المبيع . وإنما إذا هلك المبيع وهو في حيازة المشتري ، كان هلاكه عليه .

م ٢٧٩/٣٥٠ : للبائع الحق في حبس المبيع في يده لحين استيلائه على المستحق فوراً من الثمن كلاً أو بعضاً على حسب الاتفاق ، ولو عرض المشتري عليه رهناً أو كفالة ، هذا إن لم يكن البائع المذكور قد أعطى المشتري بعد البيع أجلاً لدفع الثمن لم يحل .

م ٢٨٠/٣٥١ : ليس للبائع الذي لم يتحصل على الثمن المستحق دفعه إليه أن يسترد المبيع لدى سلمه باختياره للمشتري ، وإنما له الحق في الحصول على فسخ عقد البيع بسبب عدم الوفاء به .
 م ٢٨١/٣٥٣ : إذا قامت التأمينات المعطاة من المشتري لدفع الثمن أو صار في حالة إعسار يرتب عليه ضياع الثمن على البائع ، جاز للبائع المذكور حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن فيه ، إلا إذا إعطاء المشتري كفيلًا .

م ٢٨٢ مختلط : وليس للبائع أن يمتنع عن التسليم إذا حول المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه . (وأحكام التقنين السابق تنفذ في مجموعها مع أحكام التقنين الجديدة ، فيما عدا المادة ٢٥٢ =

وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري
المادتين ٤٢٧ - ٤٢٨ - وفي التفتين المدني الليبي المادتين ٤٤٨ - ٤٤٩ -
وفي التفتين المدني العراقي المواد ٥٧٧ - ٥٨٠ - وفي تفتين الموجبات والعقود
الليثاني المواد ٤٠٧ - ٤١١ (١) .

= مختلط فهذه حلفت لأنها هل غير مقتضى النوازل العامة : المذكرة الإيضاحية لمشروع التهدي
في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - ص ١٥٤) .

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٢٧ - ٤٢٨ (مطابقتان
للمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
فقرة ٢٣١ - فقرة ٢٣٦) .

التفتين المدني الليبي م ٤٤٨ - ٤٤٩ (مطابقتان لمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصري) .
التفتين المدني العراقي م ٥٧٧ : ١ - لبائع حق حبس المبيع إلى أن يستوفى ما هو حال
من الثمن ولو كان المبيع جلة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فله حبه إلى أن يستوفى الثمن الحال ،
سواء سمي لكل منها ثمن أو لم يسم . ٢ - حق إعطاء المشتري وهنا أو كفيلا بانثمن لا يسقط
حق الحبس .

م ٥٧٨ : ١ - إذا سلم البائع قبل قبض الثمن ، فقد أسقط حق حبه ، وليس
لبائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبه إلى أن يستوفى الثمن . ٢ - وقبض
للمشتري للمبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبراً ، وللبائع حق استرداده . فإن
هك المبيع أو تمسك وهو في يد المشتري ، ينقلب القبض معتبراً ، ويلزم المشتري بأداء ما في
ذمته من الثمن .

م ٥٧٩ : ١ - إذا كان الثمن مؤجلاً في عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع ،
فلا حق له في حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري ولا يطالب بانثمن قبل حلول الأجل .
٢ - هل أنه يجوز لبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن ، إذا كان
المشتري قد أنصف ما قدمه من تأمينات لوفاء بانثمن ، أو كان في حالة إصرار يوشك معها
أن يضيع الثمن على البائع ، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة .

م ٥٨٠ : إذا مات المشتري مطلقاً قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فللبائع حق حبه إلى أن
يستوفى الثمن أو تبيعه المحكمة وتؤدى لبائع حقه من ثمنه . فإن زاد عن حق البائع يدفع الزائد
لباق للقرض ، وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون أسوة للقرض فيما بقى له .

(وأحكام التفتين العراقي تتفق في مجموعها مع أحكام التفتين المصري . انظر في القانون
المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩٣ - فقرة ٢٩٩ - الأستاذ عباس حسن الصرافه
فقرة ٦٦٦ - فقرة ٥٧١) .

تفتين الموجبات والعقود الليثاني م ٤٠٧ : يجب أن يكون التسليم في وقت المعين له في العقد ،
وإذا لم يبين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقتضيها طبيعة المبيع =

ونبه : "حبس المبيع مسائل ثلاث" : (١) متى يثبت للبائع حق حبس المبيع
(٢) وما الذي يترتب على ثبوت هذا الحق (٣) وكيف ينقضي .

٤٠٣ - متى يثبت للبائع حق حبس المبيع : يخلص من نص المادة ٤٥٩
مدني السالفة الذكر أن البائع يثبت له حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن إذا
كان وقت دفع الثمن متقدماً أو معاصراً لوقت تسليم المبيع . ويتحقق ذلك في
الحالتين الآتيتين :

أولاً - إذا كان الثمن مستحق الدفع ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشتري .
مثل ذلك أن يكون البيع مطلقاً من حيث وقت دفع الثمن فيكون الثمن مستحق

= أو العرف . إن البائع الذي لم يمنح المشتري مهلة للدفع لا يلزم بتسليم المبيع ما دام المشتري لم
يدفع الثمن . ولا يقوم مقام دفع الثمن كفالة أو غيرها من وجوه التأمين .

م ٤٠٨ : إذا بيعت عدة أشياء بجملة ، فيحق للبائع أن يحبسها كلها لديه إلى أن يقبض
بمجموع أثمانها ، وإن كان ثمن كل منها قد عين على حدة .

م ٤٠٩ : ليس للبائع أن يمنح عن تسليم المبيع : أولاً - إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض
الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية
الراجعة منه . ثالثاً - إذا منح المشتري بعد العقد مهلة للدفع .

م ٤١٠ : لا يلزم البائع بتسليم المبيع وإن يكن قد منح الثمن مهلة للدفع : أولاً - إذا أصبح
المشتري بعد انعقاد البيع في حالة الإعسار . ثانياً - إذا كان في حالة الإفلاس أو التصفية
القضائية عند البيع مع جبر البيع حركه . ثالثاً - إذا نقصت التأمينات التي قدمها ضماناً لدفع حتى
أصبح البائع مستهدفاً لخطر هلاك الثمن .

م ٤١١ : إذا استعمل البائع حق حبس المبيع بمقتضى المواد المتقدم ذكرها ، كان نصيباً
لمبيع على الشروط التي يضمن بها الدائن المرتهن الشيء المرهون عنده .

(وتنطبق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا : (١) أن تبول البائع
لحوالة الثمن من شخص آخر بخط حقه في الحبس في التقنين اللبناني ، كذلك إذا أجاز البائع
أن يقبض الثمن شخص آخر . أما في القانون المصري فيثبت حق الحبس نصيباً للبائع .

(١) حالات سقرط الأجل في القانون اللبناني تختلف في بعض تفصيلاتها عن حالات سقرط
الأجل في القانون المصري . أما في علاق العين البيعة وهي محبوسة في يد البائع بغير غل البائع ،
فإن الخلاف يكون على المشتري في القانون المصري ، وقد أسحال التقنين اللبناني من ذلك على أحكام
الرهن وتنص المادة ١٠٨ من قانون الملكية العقارية في لبنان ، بأن : "يعتبر العقار بإشراف
واضع اليد ويبقى بمعهلة المالك وعلى مسئوليته إذا أثبت المرتهن شروط عقود قاهرة " . فلهذا
إذاً يكون على المالك أي الرهن في حالة الرهن وعلى المشتري في حالة البيع ، ويكون حكم التقنين
البناني مختلفاً في مع - حكم التقنين المصري) .

الدفع بمجرد تمام البيع ، ويكون مطلقاً بمعنى وقت تسليم المبيع ذموم للمبيع واجب التسليم أيضاً بمجرد تمام البيع ، فيعاصر وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع . ومثل ذلك أيضاً أن يحدد وقت لتسليم المبيع دون أن يحدد وقت لدفع الثمن ، فيكون وقت دفع الثمن هو وقت تسليم المبيع كما قلنا ، فيعاصر الوقتان . ومثل ذلك أخيراً أن يحدد وقت لدفع الثمن متقدماً على الوقت الذي يحدد لتسليم المبيع ، فيسبق وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع ، فإذا تأخر المشتري في دفع الثمن حتى حان وقت تسليم المبيع كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن .

ثانياً - إذا كان الثمن مؤجلاً إلى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع ، فحان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الثمن ، ولكن الأجل المحدد لدفع الثمن سقط بسبب من أسباب سقوط الأجل ، فحل دفع الثمن في الوقت الذي يجب فيه تسليم المبيع أو قبله ، وتعاصر الوقتان أو سبق الوقت الذي استحق فيه الثمن ، فيجوز للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن . وأسباب سقوط الأجل قبل انقضائه مذكورة في المادة ٢٧٣ مدني إذ تقول : « يسقط حق المدين في الأجل : ١ - إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لمصوص القانون . ٢ - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، وأو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا تدخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . ٣ - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات » . وقد سبق تفصيل القول في ذلك (١) .

ويخلص مما تقدم أن البائع لا يحق له حبس المبيع إذا كان وقت دفع الثمن متأخراً عن وقت تسليم المبيع ، ولم يسقط أجل الوفاء بالثمن بسبب من أسباب السقوط المتقدمة الذكر (٢) . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان قد حدد وقت لدفع

(١) أنظر الوسيط ج ٣ فقرة ٧١ - فقرة ٧٤ .

(٢) ويجب أن يسقط الأجل مثلاً ، فلا يمكن بمجرد تشبه البائع أن يكون المشتري مسلماً منه بحلول الأجل (بلايول ، وبيزيه ، وعامل ١٠ من ١٨٠٠ ومباشري رقم ٣) . أما إذا كان البائع قد سلم المشتري السلعة وهو يعلم أنه غشاش أو مسرقة أو لا يمكن إعادته فترتب له الفسخ فلهذا ، ويكون البائع يحبس المبيع (بلايول ، وبيزيه ، وعامل ١٠ من ١٨٠٠ ومباشري رقم ٤) .

المشتري متأخر عن الوقت الذي حدد لتسليم المبيع ، أو حدد وقت لدفع الثمن ، أن يحدد وقت لتسليم المبيع فيجوز في هذه الحالة تسليم المبيع بمجرد تمام . أما الثمن فيدفع في الوقت الذي حدد له ، ولا يجوز في هاتين الحالتين حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (١) . كذلك لا يكون البائع في حاجة إلى حبس المبيع إذا كان وقت تسليمه متأخراً عن وقت دفع الثمن ، فهو في هذه الحالة يستطيع أن يطالب المشتري بدفع الثمن دون أن يسلم له المبيع إلا في الوقت المحدد للتسليم ؛ ولكن إذا جاء هذا الوقت وكان المشتري لم يدفع الثمن بعد جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٢) .

ونلاحظ بعد ذلك أمرين : (١) إذا كان الأجل الممنوح لوفاء الثمن هو أجل منحه القاضى - وهذه هي نظرية الميسرة - لم يحل قيام هذا الأجل دون تسليم المبيع إلى أن ينقضى الأجل ويستوفى الثمن ، حتى لو كان وقت تسليم المبيع سابقاً على وقت انقضاء الأجل . ذلك أن الأجل الذى يعطى لدفع الثمن فيحول دون حق الحبس يجب أن يكون أجلاً منحه البائع للمشتري كما تقول الشهادة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدنى ، أما الأجل الذى يعطيه القاضى للمشتري فقد منحه القاضى لا البائع ، ولعله يكون قد منحه للمشتري رغم إرادة البائع نفسه ، وهو على كل حال أجل منظور فيه إلى التيسير على المشتري لا إلى إضاعة حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٣) . (٢) إن حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن في الأحوال المتقدم ذكرها ليس إلا تطبيقاً لقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ولقاعدة الحق في الحبس بوجه عام (٤) ، فإن البيع عقد ملزم للجانبين وقد تأخر المشتري فيه عن الوفاء بالتزامه

(١) ولكن قد يقع في هاتين الحالتين - وقت دفع الثمن متأخر من وقت تسليم المبيع أو تحديد وقت لدفع الثمن دون تحديد وقت لتسليم المبيع - ألا يطالب المشتري بتسليم المبيع حتى يحين وقت دفع الثمن ، فللبائع عندئذ أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق .

(٢) بودى وسبينا فقرة ٣٠٧ ص ٣٠٨ .

(٣) لوران ٢٤ فقرة ١٧٠ - جيسوار ٣ فقرة ٢١٧ - أوبري ورو ٤ فقرة ٣٤٤ هاش وشم ١٢ - بودى وسبينا فقرة ٣٠٦ - بلانبول وريبير وماسل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٩٧ .

(٤) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التشريعية ، ص ١٤٢ .

وهو دفع الثمن ، فجاز للبائع أن يثبت هو أيضاً من جانبه تنفيذ التزامه وهو تسليم المبيع ، فيحبسه حتى يستوفي الثمن (١) . وهذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز للمشتري أن يشترط على البائع في عقد البيع ألا يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . وسنرى أن البائع يجوز له أيضاً ، بعد أن يثبت حقه في الحبس ، أن ينزل عن هذا الحق إما بمنحه أجلاً للمشتري لدفع الثمن ، وإما بتسليمه المبيع اختياراً للمشتري بدلاً من حبسه ، وإما بأي طريق آخر يفيد النزول عن الحق .

٤٠٤ - ما الذي يترتب على ثبوت حق حبس المبيع للبائع : يترتب

على ثبوت حق البائع في حبس المبيع ما يترتب على الحق في الحبس بوجه عام ، وقد بحثنا ذلك تفصيلاً عند الكلام في الحق في الحبس (٢) .

فالبائع يمنع عن تسليم المبيع للمشتري حتى يستوفي الثمن كاملاً وفوائده التي قد تكون مستحقة ، وهذا بالرغم من أن وقت تسليم المبيع يكون قد حل . ولا يتجزأ حق الحبس ، فلو دفع المشتري بعض الثمن بقي المشتري حابساً لكل المبيع حتى يستوفي الثمن والفوائد جميعاً . ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فللبائع أن يحبس كل المبيع حتى يستوفي كل الثمن ، سواء سمى لكل شيء من الأشياء المبيعة ثمن أو لم يسم ، ولا يحق للمشتري أن يطالب البائع بتسليم بعض المبيع إذا دفع من الثمن ما يقابل هذا البعض (٣) .

وثمرات المبيع أثناء مدة الحبس تبقى من حق المشتري ، فقد قلنا أن للمشتري ثمرات المبيع من وقت تمام البيع ، ولا يؤثر الحبس في هذا الحق . ولكن يكون للبائع الحق في حبس ثمرات المبيع مع المبيع ذاته حتى يستوفي الثمن

(١) والظاهر من تطبيق القواعد العامة أن عبء الإثبات على المشتري ، وهو الذي عليه أن يثبت أنه رضى بالتأخر في المال في ذمته حتى يطالب البائع بتسليم المبيع والاستئناس عن حبسه في يده ، ذلك لأن المشتري هو المدين بالتأخر والمدين هو الذي يقع عليه عبء إثبات الشخص من دينه (أنظر مع ذلك بلازيون وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٦ ص ١٧٩) .

(٢) أنظر الوسيط بزمه ١ فقرة ٦٦٨ - فقرة ٦٧٨ .

(٣) أنظر المادة ١٧٧/١ مرقا، والمادة ١٠٨ الباشا (أنظر فقرة ١٠٢ من الملاحظات)

ولرائد التي تستحق بالرغم من عدم تسليم المشتري للمبيع ، فإن عدم تسليم المشتري للمبيع يرجع إلى خطئه إذ لم يوف بالثمن المستحق في ذمته (١) .

وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه إياه وفقاً لأحكام رهن الحيازة فيبذل في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد (م ١١٠٣ مدني) ، وفي ذلك تقول الفترة الثانية من المادة ٢٤٧ مدني : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته » . فإذا بذل هذا القدر من العناية فقد برئت ذمته من التزامه بالمحافظة على المبيع ، فإذا هلك المبيع بالرغم من ذلك بغير فعل البائع كان الهلاك على المشتري ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٦٠ مدني كما رأينا ، وهذا بالرغم من أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع . فهي هنا على المشتري لأن التسليم لم يتم بخطئه ، فهو الذي تأخر في دفع الثمن فاضطر البائع إلى حبس المبيع . أما إذا كان الهلاك بفعل البائع ، تحمل هذا مسؤولية الهلاك إذ وقع بخطئه ، وجاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض وفقاً للقواعد العامة . ويترتب على وجوب أن يبذل البائع العناية المعتادة في المحافظة على المبيع أثناء الحبس أنه إذا كان يخشى على المبيع الهلاك أو التلف ، فله أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه ، وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه (٣/٢٤٧ مدني) .

ولا يجوز للمشتري ، أثناء مدة الحبس ، أن يأخذ المبيع من البائع دون إذنه ، فإن فعل جاز للبائع أن يطلب استرداده منه إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي سلم فيه بخروج المبيع من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه . كذلك يجوز للبائع أن يسترد المبيع من يد أي شخص آخر يأخذه منه

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما ثمرات البيع وقت الحبس ، فهي للمشتري من وقت استحقاقه الثمن . وعليه فوائده الثمن ، مجموعة الأعمال التعسفية » (ص ١٠٣) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف دمشق بأنه من القدر قانوناً أن البائع له الحق في حبس المبيع المبيعة في فترة حبس المدين . كذلك المشتري الذي يفسخ عقد البيع الصادر له ، له حق حبس المدين المحكوم بفسخ البيع الصادر فيها حتى يزول الدين السابق له دونه ، ويخرج من البيع يد المشتري فلا يطالب بمرات الدين في فترة حبسها (استئناف دمشق ١٠ يناير سنة ١٩٤٩ المجلد ٥٥ رقم ١٦١) .

دون إذنه ولو كان غير المشتري ، بنفس الشروط التي يسترد بها المبيع من المشتري . وتقول المادة ٢٤٨ مدني في هذا الصدد : (١) بتفويض الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حازه أو محرزه . (٢) ومع ذلك يجوز للحاصر الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم به بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه (١) .

وحق البائع في حبس المبيع بمنح به البائع على الغير ، فلأن المشتري باع المبيع ، ودفع المشتري من المشتري ثمنه للمشتري ، ولكن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري من المشتري حتى يستوفي الثمن من المشتري .

٤٠٥ - كيف ينقضي حق البائع في حبس المبيع : ويبقى حق

البائع في حبس المبيع قائماً إلى أن ينقضي هذا الحق ، إما بزوال سببه ، وإما بنزول البائع عنه .

فينقضي حق البائع في حبس المبيع بزوال سبب الحبس ، وذلك بأن يستوفى البائع الثمن والفوائد جميعاً ، وقد قدمنا أن الحبس لا يتجزأ ، فلربقى في ذمة المشتري بعض الثمن أو الفوائد وحدها كان للبائع أن يحبس المبيع كله حتى يستوفي ما بقي في ذمة المشتري .

وينقضي الحق في حبس المبيع بنزول البائع عنه . وقد قدمنا أن هذا الحق ليس من النظام العام ، فيجوز للبائع أن ينزل عنه مقدماً في عقد البيع فلا يجوز أن يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . وكذلك يجوز للبائع ، بعد أن

(١) أنظر المادة ٢٧٤/٣٤٥ من القانون المدني السابق والمادة ٢/٥٨٨ عراق . أيضاً فقرة ٤٠٢ في الهامش . ولكن إذا هلك المبيع في يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان لهلاكه على المشتري من باب أولى ما دام أنه يهلك على المشتري حتى لو كان في يد البائع ، ويجب على المشتري الوفاء بالثمن بالرغم من هلاك المبيع في يده (المذكرة الإيضاحية للمشروع انسبدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) .

يثبت له الحق في حبس المبيع ، أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً . فإذا سلم المشتري المبيع اختياراً بعد أثبت حقه في حبسه ، عد هذا نزولاً منه عن حقه في حبس المبيع (١) ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يسترده من المشتري (٢) . وإنما يستطيع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لعدم وفاء المشتري بالثمن ، فإذا فسخ له بالتسليم أمكنه عند ذلك استرداد المبيع (٣) . وإذا ثبت للبائع حق حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن المستحق ، ولكن البائع منح بعد ذلك باختياره للمشتري أحلاً لدفع الثمن ، فإن هذا يستخلص منه زول ضمنى من البائع عن حقه في حبس المبيع . فيجوز للمشتري في هذه الحالة مع انتفاعه بالأحل الذي منحه إياه البائع أن يطالب بتسليم المبيع بعد أن زر هذا عن حقه في حبه (٤) . لكن حق البائع في حبس المبيع حتى - - في الثمن المستحق لا يرول حتى

(١) استئناف مخطط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ - ولكن لا يعتبر تسليم المبيع إلى المشتري قرينة قسوية على أن الثمن قد دفع ، وقد يكون قرينة قضائية إذ سمحت ظروف الدعوى باستخلاص هذه القرينة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤١ ص ٦٢٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٤٩٢) .

(٢) ويؤول حق البائع في حبس المبيع حتى لو رجع إليه بطريق آخر ، كبائع السيارة يسلمها للمشتري ، ثم يسترجعها لإصلاحها فلا يستطيع أن يحبسها بالثمن (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٦٠) . وكما يجوز للبائع النزول عن حق الحبس إطلاقاً ، ويجوز له أيضاً أن ينزل عنه بشرط أن يقدم له المشتري كفالة أو رهناً بالثمن ، فإذا قدم له هذا الضمان ، سلمه المبيع . استأض بالضمان عن حق الحبس .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمار التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - وانظر المادة ٢٨٠/٣٥١ من التقنين المدني السابق والمادة ٧٨/١ من التقنين المدني العراقي آنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش .

(٤) أنظر أمثلة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٥٩ مدني ، والمباراة الأخيرة من المادة ٢٧٩/٣٥٠ من التقنين المدني السابق ، والمادة ٧٩/١ من التقنين المدني العراقي والمادة ٤٠٩ ثالثاً من تقنين الموجبات والمقود المبني (آنفاً فقرة ٤٠٢ في الهامش) - هذا ما لم يتحفظ البائع عند منحه الأجل للمشتري ، فيمنحه الأجل مع الاحتفاظ بحقه في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد : « أما إذا منح البائع للمشتري أجلاً جديداً للدفع ولم يتحفظ ، سقط حقه في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) . وقد قدمنا أن الأجل (فقرة الميسرة) الذي يمنحه القاضي للمشتري للوفاء بالثمن لا يسقط من البيع في حبس المبيع حتى يتبرئ الثمن بعد انقضاء نظرة الميسرة ، فإن القاضي لا يأنح من البيع متى منح المشتري الأجل .

لو قدم المشتري رهناً أو كفالة بالثمن . لأن البائع يطلب حقاً واجب الرضاء في الحال ، فلا يكفي أن يقدم له المشتري رهناً أو كفالة ، وإذا كان الرهن أو الكفالة يضمن له الوفاء بحقه فعنده نظيرهما إذ أنه حق حبس المبيع وله حق امتياز عليه ، فليس هن في حاجة إلى تأمينات أخرى ولا يجبر على الاستعاضة عن التأمينات التي أعطاهما له القانون بتأمينات جديدة يقدمها له المشتري (١) . وقد رأينا (٢) أن حق المشتري في حبس الثمن ، على التقبض من حق البائع في حبس المبيع ، يزول بتقديم كفالة أو رهن للمشتري ، وهذا لأن السبب في ثبوت حبس الثمن للمشتري هو خشيته من أن ينزع منه المبيع أو أن يجد البائع معسراً عند الرجوع بضمان العيب ، فتقديم كفالة أو رهن في هذه الحالة يكفي لملافاة سبب الحبس ، فيزول هذا الحق .

ويلاحظ أن هناك سببين لسقوط الأجل يزولان إذا قدم المشتري للبائع ضماناً . فإذا ضعفت التأمينات التي تكفل الثمن لسبب لا يدخل لإرادة المشتري فيه ، سقط الأجل ، وأصبح الثمن حالاً ، فكان للبائع حبس المبيع حتى يستوفيه ، وهذا ما لم يقدم المشتري للبائع ضماناً كافياً (م ٢٧٣ ثابته مدني) . فهنا يمنع على البائع حبس المبيع إذا قدم له المشتري ضماناً كافياً للثمن ، لأن الضمان الكافي الكافي يحل محل الحبس بعد أن يحل الثمن بسقوط الأجل ، بل لأن الضمان الكافي يمنع من سقوط الأجل فلا يكون الثمن حالاً ومن ثم لا يثبت حق البائع في حبس المبيع أصلاً . وكذلك بسقوط الأجل ، فيصبح الثمن حالاً ويجبس البائع المبيع حتى يستوفيه ، إذا لم يقدم المشتري للبائع ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات . فإذا قدم المشتري بعد ذلك ما وعد بتقديمه من التأمينات ، عاد الأجل إلى الظهور ، ومن ثم لا يثبت للبائع حبس المبيع ، لأن التأمينات التي قدمها المشتري للبائع

(١) ونقول الذكر الإيضاحية للشروع التمهيد في هذا الصدد ، « فإذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع ولم يدفع ، يباين للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له . ولا يسقط حقه في الحبس (إلا أن يقدم له : اقرأ ولو تقدم له ، وما ورد في الذكر الإيضاحية وقع فيه خطأ عادي) المشتري رهناً أو كفالة ، لأن البائع يطلب رهناً واجب الوفاء في الحال ، (ب : رة الأعمال التجارية ٤ ص ١٥٢ - ص ١٤٤) .

(٢) أنظر آتياً فترة ٢٩٧ .

قامت مقام الحبس ، بل لأن حق الحبس ذاته لم يعد موجوداً بعد أن رجع الأجل إلى الظهور بتقديم المشتري التأمينات التي وعد بتقديمها .

وإذا حول البائع الثمن الذي في ذمة المشتري إلى محال له ، انتقل الثمن بضماناته إلى المحال له ، ومن هذه الضمانات حق حبس المبيع . فإذا كان المبيع لا يزال في يد البائع وسلمه للمحال له وحل الثمن ، كان للمحال له أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري ، فلا يزول حق الحبس بالحوالة (١) .

(١) بل وللمحال له أن يطلب فسخ البيع ، ويأخذ المبيع بدلا من الثمن - ومن أجل ذلك لم ينقل التقنين المدني الجديد الحكم الذي كان وارداً في المادة ٣٥٢ مدني مختلط ، وكانت تنص على أنه « ليس للبائع أن يمتنع من التسليم إذا حول المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه » ، فهذا الحكم لا يتفق مع القواعد العامة ، وقد رأينا مقتضى تطبيقها فيما قسمناه . وكان القضاء الوطني يقضي في عهد التقنين المدني السابق بأن البائع الذي حول ثمن يبق محتفظاً بحق حبس المبيع ، لأن التقنين المدني الوطني أغفل ذكر المادة ٣٥٢ من التقنين المدني المختلط . فقضت محكمة شرب الكوم الكلية بأنه إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر ، فجرد هذا التحويل لا يفهم منه صراحة أو ضمناً سقوط حق البائع في حبس العين المبيعة في القانون الأهل ، وذلك لأن الشارع قد أغفل في القانون المدني الأهل ذكر المادة ٣٥٢ من القانون المدني المختلط ، ويفهم من هذا أن الشارع الأهل قصد ألا يسقط حق حبس العين إلا بالتسليم الحقيقي أو التنازل الصريح عن هذا الحق أو دفع الثمن بالفعل (١٨ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩٤) .

ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد إغفال المشروع للمادة ٣٥٢ مختلط : « ولم ينقل المشروع المادة ٣٥٢ من التقنين المختلط . فقد تركت هذه المسألة يستخلص حكمها من القواعد العامة ، وهذه تقتضى بأن البائع إذا حول حقه في الثمن انتقل إلى المحال له ما كان للبائع من ضمانات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٤) . والمفروض في هذه الحالة الأخيرة أن المشتري هو الذي أجرى حوالة الدين بانثن غفله من ذمت إلى ذمة المحال عليه ، وقبل البائع هذه الحوالة ، فلا يعد قبوله للحوالة نزولاً منه من حقه في حبس البيع ، بل له أن يحبس المبيع عن المشتري حتى يستوفي الثمن إما من المحال عليه وإما من المشتري نفسه .

ومن هنا نرى أن الأحكام الثلاثة التي أوردناها تقنين الموجبات والعقود اللبناني في المادة ١٠٩ ، منه لا يتفق مع القواعد العامة فيمكن الأولين ، وتتفق معها في الحكم الثالث وحده . وتنص هذه المادة كما رأينا (أنظر فقرة ٤٠٢ في الخامس) ، على ما يأتي : « ليس للبائع أن يمتنع من تسليم المبيع : أولاً - إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البقية الواجبة منه . ثالثاً - إذا منع المشتري بعد ذلك من قبلة تسليم » .

٢٩ - فسخ البيع

٤٠٦ - تطبيق القواعد العامة: إذا لم يف المشتري بالثمن المستحق، فالبائع، غير حبس المبيع، ضمان آخر هو أن يطلب فسخ البيع، وتسرى القواعد العامة في طلب الفسخ، وهذه القواعد مقررة في المادتين ١٥٧ و ١٥٨ من التقنين المدني. فتنص المادة ١٥٧ على أنه ١ - في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعلانه المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له منقضى. ٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين ذيل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة. وتنص المادة ١٥٨ على أنه ١ يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد منسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة من حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعني من الإعدام إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (١).

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يورد نصوصاً يطبق فيها الأحكام المتقدمة على عقد البيع بالذات، فحذفت اكتفاء بالقواعد العامة، وسيرد ذكرها فيما يلي (٢).

ويخلص من النصوص التي قلمناها أن فسخ البيع لعدم دفع الثمن إما أن يكون فسخاً قضائياً، وإما أن يكون فسخاً اتفاقاً

(١) أنظر أيضاً في هذا المعنى المادتين ١٥٨ - ١٥٩ من التقنين المدني السوري، والمادتين ١٥٩ - ١٦٠ من التقنين المدني الليبي، والمادتين ١٧٧ - ١٧٨ من التقنين المدني العراقي، والمادة ٤٧ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني. (٢) أنظر ما يلى فقرة ٤٠٧ و فقرة ٤١١.

(١) الفسخ القضائي

٤٠٧- مسائل مهمة : إذا أحل المشتري بالتزامه من دفع الثمن كاملاً في ميعاده ، جاز للبائع كما قدمنا أن يطلب فسخ البيع ، ونسرى القواعد العامة في هذا الفسخ ، وبسبب الفسخ القضائي لأنه متروك لتقدير القاضي ، لا لاتفاق المتابعين كما هو الأمر في الفسخ الاتفاقي .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في الفسخ القضائي كما سبق القول ، فكانت المادة ٦١٠ من هذا المشروع تجري على الوجه الآتي : « (١) في بيع العقار ، يتعين الحكم بالفسخ فوراً ، إذا طلب البائع ذلك وكان مهدياً أن يضع عليه المبيع والثمن . (٢) فإذا لم يكن مهدياً بذلك ، جاز للقاضي أن يحل المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . (٣) فإذا انتضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر » (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة « (٢) » .

فستعرض إذن في إيجاز القواعد العامة في الفسخ القضائي (٢) مطبقين باءاً على عقد البيع بالذات ، فتبحث مسائل ثلاثاً : (١) متى يجوز الفسخ (٢) وكيف يكون الفسخ . (٣) والآثار التي ترتب على الفسخ .

(١) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٣/٤١٤ - ٤١٥ ، وهي تنص على أنه « يجوز للمحكمة أن تعطي لأسباب قوة ميعاداً للمشتري لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت إخراج عند الاقتضاء . ولا يجوز أن يعطى إلا ميعاداً واحداً » . ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ٤٨١ ، وهي تنص على ما يأتي : « ١ - إذا لم يدفع المشتري عند استحقاقه ، أو أحل بالإلزامات الأخرى التي نشأت عن عقد البيع ، فإن البائع بالخيار إما أن يلزم المشتري بالتسليم ، وإما أن يطلب فسخ البيع . ٢ - ويتعين الحكم بفسخ فوراً إذا طلب البائع ذلك وكان مهدياً أن يضع عليه المبيع والثمن . فإذا لم يكن مهدياً بذلك ، جاز للمحكمة أن تنظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . فإذا انتضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر » .

(١) - مجلة الأعمال والتجارة : ص ١٤٧ في الخامس من ١٩٤٠ في الخامس .

(٢) - أثار في القوانين العامة في الفسخ القضائي الوسيط بين أول فقرة ٤٠٨ - فقرة ٤٧٩ .

٤٠٨ - متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالتمن : إذا كان التمن

مستحق الأداء ، وتختلف المشتري عن الوفاء به ، وجب على البائع إعداره .
فإذا لم يدفع المشتري التمن بعد الإعذار ، جاز للبائع أن يرفع دعوى على المشتري
يطلب فيها فسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى (١) . وبكفي لجواز طلب
الفسخ أن يتخلف المشتري عن دفع التمن كله أو بعضه (٢) ، أو أن يتخلف عن

(١) ولحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها من أن المشتري قد نفذ
للازمات التي ترتبت عليه بمقتضى عقد البيع ، وسلطتها في ذلك زمة لا رقابة عليها لحكمة النص
(نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢) . كما أن لها أن تستخلص
أنه لم ينفذ هذه الالتزامات تنقضى بالفسخ ، سواء كانت هذه الالتزامات من دفع التمن
أو التزامات أخرى أخذها المشتري على نفسه في عقد البيع . ففي قضية المشتري ضد روضاً
من مصلحة الأملاك ، واتهد باقاة معامل صناعية عليها في مدى ثلاث سنوات دون أن يغير
هذه المعامل ، ثم نسبت الحرب فادعى أن الحرب تمنه من الوفاء بالتزامه ، واستخلصت
محكمة الموضوع من هذه الوقائع بأن نيته في عدم إقامة البناء قد تبين من قبل نشوب الحرب بمدة
طويلة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٢ ص ٧١٢) . فإذا ارتفع
السبب الذي أسس عليه البائع طلب الفسخ ، وجب بحث طلب الفسخ على أساس آخر هو تفسير
لمشتري فيما التزم به . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أسس البائع دعواه بطلب فسخ عقد البيع
على أن المشتري ، بعد أن التزم بمقدار ما هو مطلوب بالحكومة التي تلقى عنها البيع ملكية البيع
من أنقضاء التمن ، لم يقدم بدفع شيء ، وأن الحكومة تزعم ملكية أليمان هو وفاء لمطلوبها وبيع
ورسا مزادها على المشتري ، فعكست المحكمة بالفسخ على أساس إجراءات البيع الجبري دون أن
تغير التفاتاً إلى ما جاء بمحاضر جلسة البيع من أن مطلوب الحكومة قرر أنها تنازلت عن دعوى
الفسخ لحصول اتفاق جديد بينها وبين البائع وأنها رخصت لراعي عليه المزايا المتخلف بقبض
ما كان دفعه من التمن وأن هذا التنازل أثبت وألزم الحكومة بالمصاريف ، فإنها تكون مخطئة ،
لأن الفسخ تأسيساً على إجراءات البيع الجبري غير جائز ما دام هذا السبب قد ارتفع ، وكان
الواجب بحث طلب الفسخ على أساس التفسير المدعى به على المشتري فيما التزم به في العقد
(نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٤ ص ٢٣٠) .

(٢) وإذا اشترط البائع حلول الأقساط الباقية إذا تأخر المشتري في دفع قسط ، فإن ذلك
لا يمنعه عند تأخر المشتري في الدفع من طلب فسخ البيع (استئناف مخطوط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٣
م ٥٥ ص ١٣٥) ، وإذا اختار البائع المطالبة بالأقساط المتأخرة فذلك لا يمنعه إذا استمر
المشتري في عدم الدفع من طلب الفسخ (نفس الحكم السابق) . وإذا اشترط البائع على المشتري
ألا يبيع العين المشتراة ولا يردنها إلا بعد وفاء التمن كاملاً ، فهذا شرط نسخ لا شرط واقف ،
ويكون لمشتري أن يبيع أو يردن ، ولكن تصرفه يكون مطلقاً على شرط قاسية هو دفع التمن
كاملاً . فإذا لم يدفع ، جاز للبائع أن يفسخ البيع الأصل فيفسخ تبعاً لذلك تصرف المشتري
بالباع أو بالرهن (استئناف مخطوط ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢١) .

دفع الفوائد وحدها كما إذا كان الثمن لم يحل أجله ولكن حلت الفوائد ولم يدفعها المشتري . فحسب المشتري عن دفع أى جزء من الثمن حال الأداء ، أو تخلفه عن دفع الفوائد المستحقة على الثمن ، يكفى لجواز أن يرفع البائع دعوى بطلب فيها فسخ البيع . ويستوى أن يكون الثمن الذى تخلف المشتري عن دفعه كله أو بعضه رأس مال أو إيراداً دائماً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة . ففى تخلف المشتري عن دفع رأس المال أو إيراداً دائماً ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ولا يشترط تأخر المشتري عن دفع قسطين فى سنتين متوالين ، فإن هذا الشرط ليس ضرورياً لفسخ البيع ، وإنما هو ضرورى لاستبدال رأس المال بالدخل الدائم (م ٥٤٧ مدنى) (١) . كذلك متى تخلف المشتري عن دفع قسط من أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، وبطلب فسخ البيع ، وأن يرد ما سبق له قبضه من أقساط الإيراد مع فوائدها الانفاقية أو القانونية من وقت القبض ، وأن يسترد المبيع وثمراته من وقت البيع . وتنص المادة ٧٤٦ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا لم يقم المدين (بالإيراد) بالتزامه ، كان مستحق أن يطلب تنفيذ العقد : فإن كان العقد بعوض جاز له أن يطلب مسخه مع التعويض إن كان له محل » (٢) . بل يكفى أن يتخلف المشتري عن رد

(١) جواز ٢ فقرة ٥٧٢ - أوبرى ورو ، فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤ - بودوى وسينييه فقرة ٥٣٨ - عكس ذلك بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٩٥٨٧ - كولان وكايشان ٢ فقرة ٤٩٣ - جوسران ٢ فقرة ١١٤١ .

(٢) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فيوجد نص خاص (م ١٩٧٨) يمنع من فسخ العقد بسبب التأخر عن دفع قسط الإيراد المرتب مدى الحياة (بودوى وسينييه فقرة ٤٢٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٤ ص ١٨٦ - جوسران ٦ فقرة ١١٤٣) . أنظر أيضاً المادة ٤٨٠ فقرة ثالثة / ٤٨٨ من التقنين المدنى السابق وكانت تجرى على الوجه الآتى : « يجوز لمساهم الإيراد فى حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعادتها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص بئاع من أثمانها كاف لأداء المديونات المتفق عليها » . فكان النص يمنع الفسخ ، ولا يميز إلا التنفيذ على الرهن المذكور . ولكن التقنين المدنى الجديد - المادة ٧٤٦ السابقة الذكر - عدلت هذا النص ، ورجعت فيه إلى التقنين السابق . وللمعجزة بتاريخ البيع ، فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سعى المدين السابق ، وإلا فالمتعين الجديد .

مصرفات البيع - إذا كان البائع قد دفعها ليرجع بها على المشتري - إن البائع حتى يستطيع هذا أن يرفع دعوى الفسخ ، لأن مصرفات البيع ملحقة بالثمن ، وهي على كل حال التزام في ذمة المشتري في عقد بيع ملزم للجانبين ، فتختلف المشتري عن القيام بهذا الالتزام جاز للبائع طلب فسخ العقد (١) .

ويجوز طلب الفسخ في كل بيع ، ويستوى في ذلك بيع العقار وبيع المنقول . وإذا كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى التى أسلفنا ذكرها تقتصر على ذكر بيع العقار فذلك لا يمنع من أن حكمها يصح أيضاً في بيع المنقول . إلا أنه يغلب في بيع المنقول أحد أمرين : إما أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يدفع المشتري الثمن في الحالة التى تعرض لها المادة ٤٦١ مدنى (٢) ومبأى بيانها ، وإما أن يمنع الفسخ حتى لو لم يدفع المشتري الثمن لتغير حالة المبيع عما كان عليه وقت البيع كما إذا كان فز لا فتنسج أو خشباً فصنع أثاثاً أو بئراً فوضع في الأرض (٣) . ولكن يجوز في هاتين الحالتين أن يباع منقول ويكون البيع غير مؤجل لافي دفع الثمن لافي تسليم المبيع ، ويتخلف المشتري عن دفع الثمن فيستطيع البائع في هذه الحالة ولو كان قد سلم المبيع أن يطلب فسخ البيع فسخاً قضائياً ، ويكون للقاضي حق التقدير فيما إذا كان يقضى بفسخ البيع أو يعطى للمشتري مهلة لدفع الثمن (٤) .

(١) بودرى وسينيا لفقرة ٥٣٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٢ - وإذا كان البيع ينتج ثمرات وتسلمه المشتري ، وأودع الثمن خزانة المحكمة دون الفوائد وهي مستحقة في هذه الحالة بمجرد تسليم المبيع ، لم يكن عرض الثمن دون الفوائد صحيحاً ، وأجاز للبائع طلب الفسخ (نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) .

(٢) وهي حالة ما إذا اتفق المتبايعان على معار لدفع الثمن وتسليم المبيع .

(٣) ولا يعتبر تغيراً لحالة المبيع يمنع منه الفسخ أن يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، إذا كان المنقول لا يزال محتفظاً بذاتية المادية ، كاشية ألحقت بأرض زراعية ، وكالآلات الزراعية والسواقي ونحوها تخصص لخدمة الأرض ، وكالمرايا والمناثيل توضع في منزل (بودرى وسينيا فقرة ٥٣٥) .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يورد حكماً غير هذا الحكم ، فكانت المادة ٦١٣ من المشروع تنص على ما يأتي : ١ - إذا كان البيع غير مؤجل ، جاز للجانبين ، إذا لم يستوف الثمن ، أن يسترد ما باعه من منقول مادام المبيع في حيازة المشتري ، على أن يكون الاسترداد في مدة خمسة عشر يوماً من وقت تسليم المبيع ، وعلى أن يبقى المنقول حائطاً به (م ٤ - ك - ب ط ٤) .

وبسبب ذلك في الفسخ القضائي أن يكون البيع بيعاً مدنياً أو بيعاً تجارياً .
غير أنه في البيع التجاري يدخل التفتين التجاري تعديلات على حق البائع في
الفسخ القضائي في حالة إفلاس المشتري . فيمتنع هذا الحق إذا سلمت البضائع
المبيعة للمشتري ، وبصحب البائع دائماً بالثمن وهو أسوة الغرماء فيه (١) .

وبسبب أخيراً في الفسخ القضائي أن يكون البيع بالممارسة أو أن يكون بيعاً
قضائياً بالمراد الثاني جبرياً شأن أو اختيارياً (٢) . وإذا كان قانون المرافعات قد
نظم إجراءات خاصة ، في حالة البيع القضائي بالمراد ، لإعادة البيع على من رسا

== حاله التي تم عليها التسليم . ٢ - هل أنه لا يجوز أن يضر الاسترداد باستياز المؤجر ، إلا
إذا أثبت أن المؤجر كان يعلم أن المنقولات وغيرها ما هو موجود بالعين المؤجرة لم يدفع ثمنها .
٣ - ولا يجوز الإخلال فما تقدم بالفترتين والعادات التجارية المتعلقة بالاسترداد . فكان
هذا النص يجعل بيع المنقول غير الموزل - أي الذي لم يتفق فيه على ميعاد لدفع الثمن وتسليم
البضائع - مفسوخاً من تلقاء نفسه دون اتفاق في المقدس ذلك ، إذا لم يتوقف الثمن ولهذا أن
يسترد المبيع من تحت يد المشتري إذا كان قد سلمه له ، وذلك في مدة خمسة عشر يوماً من وقت
التسليم ، بشرط أن يكون البيع لا يزال في حيازة المشتري ولا يزال حافظاً لحاله التي كان
عليها وقت التسليم ، ودون إخلال باستياز المؤجر وبالقوانين والعادات التجارية (أنظر في
هذا المعنى المادة ٢١٠٢ رابعاً من التفتين المدق الفرنسي والمادة ١٦٩ من تفتين الموجبات
والمقود البند) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت هذه المادة ، لأنها تتناول تفصيلات يحسن
أن تترك فقهاء العامة (مجموعة الأعمال التفسيرية ، ص ١٤٠ - ص ١٤٢ في الماشر) .
ويعتقد تطبيق المبدأ العامة أن يكون النسخ قضائياً ، ومن ثم يتوقف على سلطة التقدير
فيها إذا كان يفسخ أو يعطى . هيئة المشتري لدفع الثمن ، ولا يعتبر البيع مفسوخاً من
تلقاه نفسه دون أن يكون هناك اتفاق على ذلك ، شأن المنقول في ذلك شأن العقار .

(١) وقد نصت المادة ٢٨٣ تجاري على أنه : يجوز استرداد البضائع المرسله للمشتري للمباعه
إليه ما دامت لم تسلم إلى مخازنه ولا مخازن الوكيل بالمعولة المأمور ببيعها على ذمته ، وإذا كان
المشتري المالك لم يدفع ثمنها كله ولو تمردت به من ورقة تجارية أو دخل في الحساب الجاري
بينه وبين البائع له ، ونصت المادة ٢٨٤ تجاري على ما يأتي : « ومع ذلك لا يقبل المالك
رد البضائع إذا كان المشتري البائع قبل وصولها ، وكان البيع بدون عدول بناء على قائمتها الدالة
على ملكيته لها ، وتذكروا إرسالها أو بناء على القائمة المذكورة . وتذكروا النقل بشرط أن يكون
حوسباً على كني . هذا نص المراسل . » ونصت المادة ٢٨٧ تجاري على أنه : « إذا كانت البضائع
المبيعة للمشتري لم تسلم إليه ولم ترسل له ولا لإنتسان آخر على ذمته ، ويجوز لبائعها الامتناع
عن تسليمها » . أنظر أيضاً المواد ٢٨٤ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، ٢٨٩ تجاري .

(٢) أنظر المادة ٢٨ من قانون ١٩٢٠ المادة ١٤١ من قانون ١٩٢٣ في ١٤١ .

عليه المزاو وتختلف عن دفع الثمن ، فهذا الطريق الذى يقصد به إعادة البيع لمصلحة الدائنين لا يمنع من سلك الطريق الآخر وهو المطالبة بفسخ البيع وإعادة المبيع إلى صاحبه . وقد يكون لصاحبه مصلحة فى ذلك ، كما إذا كان قاصراً وبيع عقاره بالمزاو فلم يصل إلى ثمن مناسب ولا يتوقع وصوله إلى ثمن مناسب إذا أعيد بيعه على من رسا عليه المزاو فيفسخ البيع بدلا من إعادته وبرد البيع للقاصر ، وكما إذا كان صاحب المبيع مديناً بفقد عليه دائنوه فانصلحت حاله وأصبح قادراً على وفاء ديونه ومن ثم تكون له مصلحة فى فسخ البيع واسترداد المبيع بدلا من إعادة البيع (١) .

والذى يطلب الفسخ هو البائع ، وخلفه العام كالوارث ، ودائنه باستعماله حق مدنيهم فى طلب الفسخ ، والمحال له بالثمن إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر (٢) ، ومن دفع الثمن للبائع وحل محله فيه عن طريق الوفاء مع الحلول . وترفع دعوى الفسخ على المشتري ، وخلفه العام كالوارث . وإذا باع المشتري الذى لم يوف الثمن المبيع إلى مشتري ثان ، وكانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل عقد البيع الصادر إلى المشتري الثانى ، فإن فسخ البيع يحتاج به حل المشتري الثانى . وإذا تعدد البائع أو تعدد المشتري ، كان طلب الفسخ قابلاً للانقسام أو غير قابل له بحسب ما إذا كان المبيع قابلاً لذلك أو غير قابل (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٤٠ — بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٦٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٢ — الأستاذان أحمد نجيب الهلال وسامد زكى فقرة ٤٤٤ .

(٢) استئناف مخطوط ١٤ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٢ — ولا يجوز للبائع كذا حول الثمن أن يرفع هو نفسه دعوى الفسخ إلا بموافقة المحاكم (نفس الحكم السابق) .

(٣) استئناف مخطوط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٣٨٩ — أوبرى وروس فقرة ٢٤٢

ص ١٠٤ — بودرى وسينيا فقرة ٤١٢ — فقرة ٥٤٤ — بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٦١ رقمرة ١٧١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٦ .

ولكن يلاحظ أنه فى حالة ما إذا كان المبيع قابلاً لتجزئة ، وميزات دعوى الفسخ على البائعين المتعددين أو على الورثة المتعديدين للبائع ، فأراد بعض منهم تمسك جميعهم بالآخرين ، جاز للمشتري أن يطلب انقسام من لم يطلب الفسخ إلى من طلب حتى لا يتميز طلبه بالصفقة ، ولا يجوز أن يدفع البيع إلى كل البائع (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٥٤٦ — جوسران ٢ فقرة ١٤٤٣ — والحق قارن بلانيول وريبير كولان ٢ فقرة ١٤٤٢) .

ويجب أن يجوز طلب الفسخ أن يكون البائع قد قام بالتزاماته الناشئة من عقد البيع أو مستعداً للقيام بها ، فيكون قد سلم المبيع للمشتري إذا كان وقت التسليم قد حان قبل وقت دفع الثمن ، أو يكون مستعداً لتسليم المبيع بمجرد حلول وقت التسليم (١) . فإذا كان المبيع قد هلك فاستحال تسليمه ، فإن البيع فسخ بحكم القانون ، ولا حاجة في هذه الحالة إلى طلب الفسخ ، ويتحمل البائع تبعه اهلاك كما سبق القول . وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن وطلب الفسخ لعدم استيفاء الباقي ، وجب أن يكون مستعداً لرد ما قبضه من الثمن إلى المشتري (٢) .

== وإذا مات المشتري من ورثة متعددين ، جاز للبائع أن يطلب الفسخ في نصيب أحدهم ، ولا يحتاج هذا بغيرق الصنفه فقد تفرقت قبل ذلك بالميراث (الأستاذان أحد نجيب الملل وحامه ذك فقرة ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٠٢ ص ٣٥٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٤٦ - فلا يحتاج البائع ، وهو لم يسلم المبيع في ميدان التسليم ، بأن المشتري لم يدفع الثمن فلا دأى إلى التسليم ، فإدام هو نفسه قد تأخر في التسليم فلا يحق له طلب الفسخ حتى يسلم المبيع أولاً . شترى ثم يطلب منه بعد ذلك دفع الثمن أو الفسخ (بودرى وسينيا فقرة ٥٤٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦١) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع الذى أثبتته محكمة الموضوع أن البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائي ، فإن قضاء برفض دعواه التى طلب فيها فسخ البيع لتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن لا تكون فيه مخالفة للقانون (نقض مدنى ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ، رقم ٤٢ ص ١٣٢) . أما إذا طلب البائع الفسخ ، وفى أثناء نظر الدعوى باع جزءاً من المبيع لأنه ينس من دفع المشتري الفسخ ، لم يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأنه خالف عقد البيع ، لأن البائع لم يلجأ إلى هذا العمل إلا بعد بياسه من قيام المشتري بدفع الثمن (نقض مدنى ١٣ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) .

(٢) ويجوز أن يشترط المشتري فى عقد بيع ألا يكون للبائع حق الفسخ وليس له إلا حق التنفيذ . بل أن تنازل البائع عن حق الفسخ على هذا النحو يجب أن يكون واضحاً وأن يفسر تفسيراً صحيحاً فإن كل تنازل عن الحق . فإذا اشترط الفسخ عند عدم دفع المشتري القسط الأول من الثمن ، لم يجوز أن يزعم المالك من هذا أنه قد نزل من حقه فى الفسخ عند تأخر المشتري فى دفع الأقساط الباقية ، وعند قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع المذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لفسخه أنه أن عدم دفع القسط الأول يحمل البيع لافياً ، وروايات محكمة الموضوع أن هذا الشرط لا ينعاه من القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع عروماً لما ينزوله له القانون . من طلب دفع البيع عند عدم دفع المشتري من الثمن بل إن هذا الشرط ثابت له بالنسبة للقانون وبما أنه غير أن اشتراط فى البعثة بفسخه ، وإن فسخها هذا الشرط لا ينعاه المشتري عليه بأنه خالف لما قد انتهى من القانون المتأخرين ، لأن المبيع لم يفسخ ولا فسخه عليه القانون . ولكن كان منسج =

٤٠٩ - كَيْفَ يَكُونُ فسخ البيع : رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدني تقضي : بوجوب أن يعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن قبل أن يرفع دعوى الفسخ . وإذا لم يعذر البائع المشتري قبل رفع الدعوى . فإن رفع الدعوى بالفسخ يعد إعداراً (١) ، ولكن الإعدار السابق على رفع الدعوى يظهر أهميته العملية في أنه يجعل القاضي أسرع استجابة إلى طلب الفسخ ، وإلى الحكم بمصروفات الدعوى على المشتري ، وإلى الحكم عليه أيضاً بتعويض غرق الحكم بالفسخ (٢) .

ولا يقع فسخ البيع من تلقاء نفسه كما قدمنا ، بل لا بد من رفع دعوى وصدر حكم بالفسخ ، وهذا هو الفرق ما بين الفسخ القضائي والفسخ الانقائي . ففي الفسخ القضائي يكون الحكم منشأً للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ

== هذا الطعن لو أن المقد كان مذكوراً فيه بصفة صريحة أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له فقط حق تناقض المتأخر مفسوفاً بماه من اعتبار حل المقار المبيع (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٣٤ مجموعة محرر ١ رقم ١٥٩ ص ٧٥٠) .
(١) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ .

(٢) ولا يمكن لترتب الأثر القانوني للإعذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع أنذره ، ما دام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً ، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنته لأن قد يكون حاصله قبل الميعاد المعين لوفاء ، قبل قيام البيع بصفهاته التي توقفت عليها تعهدات المشتري (نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة محرر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) وقضت محكمة النقض بأنه وإن كان يتعين لدى نقض المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً لشرط الفسخ التمسك أن يثبت البائع على المشتري بالوفاء تنبيهاً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشتري قد مرجح بعدم دفعه في القيام بالتزامه . فإذا كان المشتري قد مرجح ثمناً أقل مما هو ملازم بسداد ، وحسم على ذلك ملين الفصل في الأمر ، فلا يكون هناك حاجة - لذلك يصبح الحكم بالترجيح - إلى ضرورة التمسك على المشتري بوفاء الثمن المدعوق (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨٩ ص ٦٣٢ - ١١ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٤٨) .

وإذا أُنذِر البائع المشتري وحده في الإنذار مدة ادفع الثمن ، فإن هذه المدة لا توجب الإنذار أثر الإنذار (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٠٠ م ١١ ص ٢٩٨) . والإنذار واجب حتى لو جعل البيع بوجوه على شرط دفع الثمن (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢١٠) . ودفع الدعوى يعتبر إنذاراً كما تقدم ، ولو لا بسبب التناقض حقه في إنذار المشتري بوجوه الدفع الثمن (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٠١ م ١٢ ص ١٤٤) .

القضائي من أعمال التصرف فيجب أن تتوافر أهلية التصرف في البائع حتى يقوم بهله المطالب . وإذا رفع الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة . أما في الفسخ الاتفاق فإن الحكم يكون مقررأ للفسخ لا منشأ له ، وتعتبر المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال الإدارة يستطيع الوصي أن يقوم بها دون إذن المحكمة .

وأبرز ما يميز الفسخ القضائي أن الحكم بفسخ البيع ليس محتما على القاضي . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدني تقول : « ويجوز للقاضي أن يمنح لمدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جلته » . وكانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى ، كما رأينا ، تقضى بأنه يتعين على القاضي الحكم بالفسخ إذا كان البائع مهدهداً أن يضيع عليه المبيع والثمن ، فإذا لم يكن مهدهداً بذلك جاز القاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري " فوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى ، فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر . فالحكم بالفسخ القضائي إذن لا يكون محتما على القاضي كما قدمنا ، بل يكون هناك ضربان : بين الفسخ والتنفيذ ، وهذا الخيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي .

فللدائن بعد رفع دعوى الفسخ أن يعدل قبل الحكم عن هذا الطلب إلى طلب التنفيذ (١) ، كما أن له إذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ (٢) . ولكن لا يجوز له الجمع بين التنفيذ والفسخ في طلب واحد

(١) استئناف مخطط ١٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٤٦ ص ٢٢٦ .

(٢) استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٤٧ ص ٢٦ . ولكن إذا قضى بالتنفيذ ابتداءً ، لم يجوز للبائع في الاستئناف المدول عن التنفيذ إلى طلب الفسخ (استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٤) ، ولكن له طلب الفسخ استيطاً مع استبقائه طلب التنفيذ طلباً أصلياً في الاستئناف (استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٦) . كذلك إذا رفعت دعوى الفسخ ، فقبل المشتري الفسخ وأعلن قبوله للبائع ، لم يعد يجوز للبائع أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ (استئناف مخطط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٢) . والذي له الحق في قبول الفسخ هو المشتري ، وليس الشترى من الشترى فهذا يبق مبيوعاً . وفقاً إلى فسخ البيع الأول أو بقاء (استئناف مخطط ٤ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٤ ص ١٢٧) .

تظرف المدة : (délai de grâce) المنصوص عليها في المادة ٢/٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : « على أنه يجوز للتقاضى في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم . وقد كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي التي حذفت اكتفاء بالقواعد العامة تنص على أمرين : (١) أن المشتري يدفع ، في المهلة التي أنظر إليها ، الفوائد القانونية إذا كان لم يتفق على فوائد أخرى . وبعد حذف هذا النص يمكن القول بأن الفوائد الاتفاقية تسرى ، أما إذا لم يكن متفقاً على فوائد فيتعذر القول بأن الفوائد القانونية تسرى إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فإذا طلب البائع في صحيفة دعوى الفسخ هذه الفوائد كطلب احتياطي في حالة رفض الفسخ كان له الحق فيها . (٢) إذا أمهل المشتري مدة ولم يدفع الثمن أثناء المهلة ، لم يجز إمهاله مدة أخرى بل يتعين بالحكم بفسخ البيع . وبعد حذف النص لا يبقى أمامنا إلا تطبيق المادة ٢/١٥٧ مدني فيما يتعلق بدعوى الفسخ وهذه تقضى بجواز أن يمنح القاضي المشتري أجلاً إذا اقتضته الظروف ذلك ، وتطبيق المادة ٢/٣٤٦ مدني وهذه تقضى بجواز أن يمنح القاضي المشتري أجلاً معقولاً أو آجلاً ينفذ فيها التزامه بدفع الثمن . ومن ثم وجب القول إنه إذا أعطى القاضي أجلاً للمشتري في دعوى الفسخ ، وجب على

= الموضوع الخيار في الأخذ بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو في ظروف كل دعوى منبر معقب عليه . فلا يقبل التمسك على الحكم بقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التي اعتمد عليها في منح المهلة للوفاء بتأخر الثمن (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤ - وانظر أيضاً ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٢٧٢) . وفي بيع سيارة تأخرت البائنة عن نقل رخصة السيارة إلى المشتري ، فلم تقض المحكمة بالفسخ لأن نقل الرخصة ليس بالتزام جوهري (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠) . وفي قضية أجلت المحكمة النظر في القضية بقرار واعتبرت أن هذه مهلة للمشتري ، ولما لم يدفع حتى انقضى مياد التأجيل قفت بالفسخ ، فأقرت محكمة النقض هذا الحكم (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٤ ص ٥١٠) . وانظر أيضاً في أن الحكم بالفسخ غير واجب وأن على محكمة الموضوع أن تبين الاعتبارات التي دعمتها للقضاء بالفسخ مع أن المشتري عرض الثمن قبل الحكم : نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٠ ص ١٠٢٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣) .

المشتري دفع الثمن في غضون هذا الأجل ، وليس للقاضي أن يمنح المشتري أجلاً آخر ويعتبر البيع مفسوخاً بعد انقضاء الأجل الممنوح دون أن يفي المشتري بالثمن . وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز أن يتكرر طبقاً للمادة ٢/٣٤٦ مدني ، كما يجزى إعطاء أجل آخر في دعوى الفسخ إذا كان الأجل الأول أعطى في دعوى التنفيذ (١) .

وليس لدعوى الفسخ مدة خاصة تتقدم بها ، فتتقدم إذن بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ ويكون ذلك عادة عند الإعذار (٢) .

وتسقط دعوى الفسخ أيضاً بالتزول عنها صراحة أو ضمناً كما إذا وافق البائع على تصرف المشتري في المبيع ، وبتغير ذانية المبيع كما إذا كان غزلاً ففسخ (٣) .

ودعوى الفسخ دعوى مختلطة إذا كان المبيع لا يزال في يد المشتري ، فإن كان عقاراً أمكن رفع الدعوى أمام محكمة العز . وهي دعوى شخصية شصة إذا خرج المبيع من يد المشتري ، فيجب رفع الدعوى في هذه الحالة أمام محكمة موطن المشتري (٤) .

(١) الوسيط جزه أول فقرة ١٧٥ ص ٧٠٧ وهاش رقم ٣ .

(٢) الوسيط جزه أول فقرة ٤٧٦ - استئناف وطني ١٧ يونيو سنة ١٨٩٠ المرقوم

٥ ص ٢٠٠ .

(٣) وتسقط كذلك بنزع ملكية العقار المبيع للشفعة العامة (م ٢٩ من قانون نزع الملكية ، وينتقل حق البائع من العقار إلى التمويض المدفوع لنزع الملكية) ، ويرجع ملكية العقار بواسطة دائمي المشتري إذا لم بدون البائع ما يفيد رفع دعوى النسخ في قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل (م ٦٥٠ مرافعات) ، وبسليم البضاعة إلى غارن المشتري المفلس (م ٣٨٣ تجاري) ، وبعدم قيد البائع لامتيازته متى يوم صدور الحكم بأفلاس المشتري (م ٢٣١ تجاري) إذ سقوط حق الامتياز يستتبع سقوط حق الفسخ (الأستاذان أهد نجيب الهلال وحامد زك فقرة ٤٥٨ - فقرة ٤٦٤ - الأستاذ أنور ساطح فقرة ٢٠٩) .

(٤) بودري ودينيا فقرة ٥٦٣ . ولكن دعوى البائع على المشتري يدفع الثمن هي دعوى شخصية محضة (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٠) . وإذا حل المشتري من المشتري محل المشتري في التزاماته نحو البائع ، يوازى للبائع رفع دعوى النسخ على المشتري من المشتري في وانه دون حاجة إلى إثبات المشتري الآخر في التزم (استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٨٩١ م ٤ ص ١١٦) .

٤١٠ - الإثراء - التي تترتب على فسخ البيع : يترتب على فسخ

البيع على النحو الذي قدمناه ما يترتب على فسخ أى عقد آخر ، وتقرر المادة ١٦٠ مدنى القاعدة العامة فى هذا الصدد فتقول : « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . وهذا نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان فسخاً قضائياً أو فسخاً اتفاقياً أو انقراضاً بحكم القانون .

والحكم بفسخ البيع يجعله ينحل بأثر رجعى ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ الاتفاقى والفسخ القانونى حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ دون أن ينشئ الفسخ ، فإنه أيضاً مفهوماً فى الفسخ القضائى ولو أن الحكم منشئ لا مقرر ، فلا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ ويكون له مع ذلك أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة هو حكم منشئ وينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم (١) . وينحل البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين وبالنسبة إلى الغير .

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين أن البيع يعتبر كأن لم يكن ، ويعاد كل شئ إلى ما كان عليه قبل البيع . فإذا كان المشتري قد سلم المبيع ، رده هو وثمراته (٢) . وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن أو أقساطاً من الإيراد المرتب مدى الحياة ، رد ما قبضه مع فوائده القانونية من يوم القبض ويجوز للبائع أن يجلس ما قبضه حتى يسرد المبيع وثمراته (٣) ، كما يجوز للمشتري

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٧٧ : .

(٢) فلا يكون له حق فى الثمار . قد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان المشتري حق حبس الثمن المحكوم بفسخ البيع فيها وذلك حتى يوفى الثمن السابق له دفعه تأسيساً على أن التزامه برد العين يقابله التزام البائع برد ما دفعه إليه من الثمن ، لكن ذلك لا يترتب عليه الحق فى تملك المشتري ثمار البيع بعد أن أصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ ، ولا محل للاحتجاج بقاعدة تملك الثمار الحارة فإن المشتري يعلم أن العين ليست له وإنما هو حابس لها (نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف محتلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ .

أن يحبس المبيع وأثراته حتى يسترد الجزء الذي دفعه من الثمن (١) ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس (٢) . وإذا غنى المشتري أو غرس في العين المبيعة ، اعتبر بائناً أو غارساً بسوء نية ، لأن النسخة تفتت بسبب آت من جهته ، وطبقت القواعد العامة المقررة في البناء أو الغراس في أرض الغير (٣) . وكذلك الحال في المصروفات الضرورية والنافعة والكسالية ، تطبق فيها القواعد المقررة في هذا الشأن مع اعتبار المشتري سيء النية . وإذا هلك المبيع في يد المشتري قبل أن يردده ، فإن كان الهلاك بخطأه حكم عليه بالتعويض ، وإن كان الهلاك بسبب أجنبي فالبائع إذا لم يكن قد صدر حكم بفسخ البيع أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ فتكون نبعة هلاك المبيع على المشتري . أما إذا كان قد صدر حكم نهائي بفسخ البيع ثم هلك المبيع بسبب أجنبي في يد المشتري ، لم يكن المشتري مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاود عليه من منفعة ، كما إذا كان المبيع قد

(١) استئناف مختلط ، مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٢٩٦ .

(٢) ولم يكن في التنبيه المدنى السابق نص مأم فى الحبس ، ولكن القضاء كان يعطى المشتري حق حبس العين البينة حتى يسترد ما وفاق من الثمن إذا لم يكن قد ارتكب فشاً . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لم يرد فى القانون نص عن جوار حبس العين البينة تحت يد المشتري إذا فسخ البيع إلا أن يرد البائع ما دفعه له من الثمن ، وإنما جاء النص بالمادة ٢٧٩ من القانون المدنى عن حق البائع فى حبس المبيع تحت يده لحين استيلاته فوراً على المستحق من الثمن . على أنه إذا جاز الاتيأس على هذا النص وعلى نصوص أخرى فى القانون من اعتبار أى ذائن إذا حق تر حبس العين الناتج عنها الدين تحت يده لحين الحصول على دينه ، ومن ثم جاز هذا الحق لمشتري الذى فسخ البيع العمادر إليه حتى يستوفى ما دفعه ، إلا أنه يشترط فى هذه الحالة وجوب توفر ركبتين أساسيتين : الأول أن يكون الدائن حائزاً فعلاً للشيء الذى يطلب حبه وأن تكون هناك علاقة سببية بين الدين والذى المراد حبه ، أى أن يكون منشأ الدين وسببه عين التى لمدين تحت يد الدائن . والثانى أن يكون سبب تلك الحيازة وأساسها علاقة البينة ، وعليه فإذا كان فسخ البيع ناتجاً عن أن الشراء قد حصل بفسخ وتدنيس فلا تكون حيازة المشتري لعين البينة حيثفت بعلامه البينة وعليه فإذا كانت فسخ البيع ناتجاً من أن الشراء قد حصل بفسخ وتدنيس فلا تكون حيازة المشتري لعين البينة حيثفت بعلامه البينة وانتهى حق الحبس (استئناف وطنى ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ المحاكم ٢٢ من ١٣٢) . انظر أيضاً استئناف وطنى ١٠ مارس سنة ١٩١٩ المحاكم التجارية ١٧ من ٦٧ من ١١٠ .

4.9.3 $\lim_{x \rightarrow 0} \frac{1}{x} = \infty$ (Left-hand limit)

... ۱۹۴۰ ...

تلف فيرده المشتري في الصورة التي آت إليها (١) . وإذا استبقى المشتري المبيع في يده بعد الحكم بالفسخ ولم يقبل رده فأصبح سيء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي ، وجب على المشتري أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رده إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ في) (٢) . وللبيع إذا أوجب إلى فسخ البيع أن يطالب المشتري - فوق رد المبيع - بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تحكف المشتري عن القيام بالتزامه ، وكان تكون صفقة قد قانت عليه بسبب البيع الذي فسخ ، ويبقى التعويض هنا على أساس المسؤولية التقصيرية لأن البيع بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض (٣) .

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعي بالنسبة إلى الغير أنه إذا كان قد ترتب للغير حق على المبيع من جهة المشتري ، فإن هذا الحق يزول هو أيضاً بأثر رجعي تبعاً لزوال حق المشتري . ولكن يجب هنا التمييز بين المنقول والعقار . ففي المنقول عترض هذا الحكم عادة عقبة ترجع إلى القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول مستند الملكية . فإذا كان المبيع منقولاً ، وباعه المشتري إلى مشتري ثانٍ سلمه إياه ، ثم فسخ البائع البيع ، لم يستطع أن يسترد المبيع من تحت يد المشتري الثاني إذا كان حسن النية ، لأن هذا يكون قد ملكه بالحيازة ، فيرجع البائع على المشتري بالتعويض . أما إذا كان المشتري الثاني لم يتسلم المبيع أو كان سيء النية يعرف سبب الفسخ ، فإنه لا يملك المبيع بالحيازة ، بل يردده إلى البائع ويرجع على المشتري بالضمان . وإذا كان المبيع أثاث منزل وضعه المشتري في عقار استأجره فثبت عليه امتياز المؤجر ، لم يستطع البائع استرداده بعد فسخ البيع إلا مثقلاً بهذا الامتياز . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فإن فسخ البيع لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير على هذا العقار إلا إذا سجلت صحيفة دعوى الفسخ قبل تسجيل التصرف الذي أكسب الغير هذه الحقوق (انظر المادتين ١٥ و ١٧ من قانون

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٧٨؛ ص ٧١٠ .

(٢) الوسيط جزء أول ص ٧١٠ هامش رقم ٣ .

(٣) نفق مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢ .

الشهر العقاري) : فإذا باع المشتري العقار لمشتري ثان ، وسجل هذا المشتري الثاني البيع الصادر له قبل تسجيل البائع بحقيقة دعوى الفسخ ، فإن الحكم بفسخ البيع لا يكون له أثر في حق المشتري الثاني إذا كان حسن النية . وإذا كانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل البيع الثاني ، كان لفسخ البيع الأول أثر في حق المشتري الثاني ولو كان حسن النية ، واستطاع البائع أن يسترد العقار من تحت يده . كذلك إذا رتب المشتري على العقار رهناً ، وكان الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن ، فإن الرهن في هذه الحالة لا يتأثر بفسخ البيع . وقد ورد في هذه المسألة الأخيرة نص خاص ، إذ قضت المادة ١٠٣٤ مدني بأنه « يبنى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقاً للمادة ١٧ من قانون الشهر العقاري ، يفرض فرضاً غير قابل للإثبات العكس أن الدائن المرتهن سيء النية إذا كان قد قيد رهنه بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، وذلك للتوفيق ما بين النصين (١) .

ب- الفسخ الاتفاقى

٤١١- اتفاق المتبايعين على الفسخ : رأينا أن المادة ١٥٨ مدني تنص بأنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد منسوخاً عن تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعني من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء عنه » . وكان المشروع

(١) أنظر المجلد الجزء أول فقرة ٤٧٩ من ٧١٣ - ويعتبر الإيجار الصادر من المشتري ادة لا تزيد على ثلاث سنوات من أعمال الإدارة ، غيبتم قائماً بالرهن من فسخ البيع (سر م ٤٤٩ ، م ١٧٠١) - فلو لم يعتبر الإيجار لثلاث سنوات من أعمال الإدارة رغم سقوط الترخيص أو ائتماعه - انظر البلاوي ، وزير ومعلم ١٠ فقرة ١٢٠ - ويلاحظ الأستاذ أحمد عبد المولى ومعلم ١٠ فقرة ١٠٧ .

التنفيذ. إن المدين الجديد يشتمل على نص يطبق هذه القاعدة العامة في خصوص "ب" ، وكانت المادة ٦١١ من هذا المشروع تنص على أنه « في بيع اعتبار ، إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد مادام لم يعذر ، إلا إذا نص العقد على أن الفسخ يقع دون إعدار ، وفي كل حال لا يجوز للقاضي أن يمنح المشتري أى أجل » (١) . وحذفت هذه المادة في لجنة المراجعة ، لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢) .

٤١٢ - التدرج في الإلتزام على الفسخ : وتدرج في العمل الشرط الذى يرد في عقد البيع قاضياً بفسخه إذا يوف المشتري بالتثمين (lex commissoria, pacte comissoire) . فأذن مراتب هذا الشرط هو أن يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم يوف المشتري بالتثمين . وقد يصل الشرط إلى مرتبة أقوى ، فيشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصل الشرط إلى أعلى مرتبة من القوة ، فيشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار ، أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار . فنستعرض هذه المراتب المتفاوتة

(١) وكان هذا النص يقابل في التفتيش المدنى السابق المادة ٢٣٤/١٦ ، وهى تنص على أنه « إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة في هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشتري ، بل يفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمى » . ويقابل في التفتيش المدنى المرافق المادة ٨٢ ، وهى تنص على أنه « إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما لم يعذر ، إلا إذا نص في العقد أن الفسخ يقع دون إعداره . وفي كل حال لا يجوز للمحكمة أن تمنح المشتري أى أجل » . ويقابل في تفتيش الموجهيات والتشريعات اللبثية المادة ٦٨ ، وهى تنص على أنه « إذا اشترط فسخ البيع لعدم دفع الثمن ، فالمعتمد يفسخ حتماً بمجرد الدفع من الأجل المضروب » .

(٢) مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٤٧ - ١٤٩ فى الخاتمة .

في خصوص عقد البيع (١) ، كما استعرضناها في العقد بوجه عام في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

٤١٣ - الانتفاء على أنه يكونه البيع مفسرهما : ينبغي أن يكون المتبايعان قد أرادا بهذا الشرط أن يرددا في العقد صريخة القاعدة التي سبق أن بسطناها فيما يتعلق بالفسخ القضائي . ومن ثم لا يعني هذا الشرط عن إغذار البائع للمشتري ، ولا من الانتفاء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ البيع ، ويكون هذا الحكم منشأ لا كاشفاً ، ولا بسبب القاضي سلطته التقديرية فيجوز بالرغم من وجود هذا الشرط أن يمنح المشتري أجلاً لدفع الثمن ويرفض طلب الفسخ (٣) . بل إن هذا الشرط لا يمنع المشتري من توقي الحكم بالفسخ . بأن يدفع الثمن قبل أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المشتري بأداء باقي الثمن في ميعاد عينه ، فإن لم يزدده في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديداً لقاعدة الفسخ القضائي (٤) .

(١) وترد هذه الشروط في بيع المنقول كما ترد في بيع العقار ، ومن ثم يكون الحكم أعم في المادة ٩١١ من المشروع النهائي التي حذفت في لجنة المراجعة ، وكانت مقصورة على بيع العقار ، ينطبق أيضاً على بيع المنقول . وقد خص بيع العقار بالذكر في هذا النص لأن هو الذي يرد بشأنه في غالب هذه الانتفاءات المتدرجة ، أما بيع المنقول يتميز بحكم خاص به ورد في المادة ٤٦١ مدى رساقي بيانها . فإذا خرج عن نطاق هذه الحالة التي عرّضتها المادة ٤٦١ مدى في بيع المنقول ، كان حكم بيع المنقول هو حكم بيع العقار في شأن هذه الانتفاءات وتديرهما (بودري وسينيا فقره ٥٥٤) .

(٢) الوسيط جزء أول فقره ٤٨٢ - فقره ٤١٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٢ .

(٤) نقض مدى ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عشر : رقم ٢٥ ص ٥٨ - وقضت أيضاً بأن النص في العقد على أنه في حالة تأخير سداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشتري حراً . يمكنها ليبيع المذكور ، فذلك ليس إلا ترديداً للشرط الخاص بالنقض المقرر بحكم القانون في العقود المتدرجة لتجاريين (نقض مدى ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤١ ص ٣٧٣) . وقضت كذلك بأنه لا يكون الشرط بالخاصة مقتضياً لفسخ العقد ، إلا إذا كانت صريحة دالة على وجوب البيع . فلو كانت تحتمل تفسيراً حقيقياً أو ظاهرياً . أما في النص السابق المصحح par un missoire tacite فلا ينافي التفسير السابق هو الصحيح .

على أنه قد يندرج من الظروف أن المتبايعين أرادا بهذا الشرط أن يحتمل فسخ البيع ، فيبقى وجوب الإعذار ووجوب الالتجاء إلى القضاء ، ولكن لا يملك " نفي في هذه الحالة إعطاء مهلة للمشتري لدفع الثمن ، ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع وحكمه . إن منشأ لا كاشفاً .

٤١٤ - الاتفاق على أنه بكونه البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه

أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دونه حاجة إلى حكم : الشرط على هذا النحو لا يفي من الإعذار . فإذا لم يعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن ، ورفع دعوى الفسخ ، جاز للمشتري أن يتوفى الفسخ بدفع الثمن في بداية الدعوى دون إبطاء . فإذا أبطأ في ذلك ، اعتبر رفع الدعوى بمثابة إعذار ، وفسر الشرط في الغالب على أنه سلب القاضي سلطته التقديرية فلا يستطيع إعطاء أجل للمشتري لدفع الثمن ، يتعين عليه الحكم بفسخ البيع (٢) . ولا تعارض بين الإعذار الواجب وطلب الفسخ ، فإن إعذار البائع المشتري أن يدفع الثمن لا يكون زولاً منه عن المطالبة بفسخ البيع ، بل هو شرط واجب لرفع الدعوى بالفسخ . وقد قضت محكمة

التقديرية . فللقاضي ألا يحكم بالفسخ وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ . فإذا نص في عقد البيع على أنه إذا ظهر على العين المبيعة دعوى مسجلة خلاف ما ذكر بالعقد ، فإن البائع يلتزم بتعويض قدره كذا كما يجوز للمشتري أن يفسخ التعاقد بمجرد إنذار البائع ، فهذا الشرط ليس إلّا ترديداً لما قرره فقهاء القانون من أن عدم قيام أحد طرفي العقد المتقابل الالتزام بما التزم به يسمح للطرف الآخر بطلبه نسخ العقد ، فهو شرط ضمنى فاسخ للقاضي أن يدره إذا احتبان له من ظروف الدعوى وخصومياتها أنه لا مبرر له . ومنى أثبت القاضي غير ذلك الاستمارات المقبولة التي أقيمت إليها في ذلك ، فلا تثريب عليه (نقض مدني ٢ أبريل سنة ١٩٥٦ - مجموعة ص ١ رقم ٢٤٣ من ١٩٥٦) . أنظر أيضاً : مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ - مجموعة ص ١ رقم ٨١ من ١٩٣٢ - ٢ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة ص ٥ رقم ٦٨ من ١٩٥٥ - أول مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٦ من ١٩٤٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٦ من ١٩٥١ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٩ من ١٩٥١ - استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١/١٢٦ من ٢٤٧ .

(١) المدونة الإدارية لأجرة المشروع التمهيدية في مجموعة الأعمال التشريعية ٤ من ١٩٤٤ -

النقض بأنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن .
كان على للقاضي إيقاع الفسخ عن المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعداره ،
ما لم يعق البائع بمقتضى العقد من هذا الإعداء ، ، مفهوم هذا بلا شبهة أن البائع
يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعلن المشتري بالنذار أى تكليفه بأدائه .
لم يدفع كان البائع فى حل من أعمال خياره فى الفسخ . وإذن فباص زعم المشتري
أن الإنذار المرجح إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا أعد العقد
مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ ، فإن
هذا الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (١) .

فالثابت إذن أن هذا الشرط لا يعنى من الإعداء (٢) . وهو أيضاً لا يعنى
من رفع الدعوى بالفسخ إذا تازع المشتري فى أعمال الشرط . ولا يمنع وحيد
هذا الشرط البائع من مطالبة المشتري بتنفيذ البيع ودفع الثمن بدلاً من المطالبة
بفسخ البيع ، فإن فسخ البيع لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد البائع ذلك ،
ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ .

ولكن إذا اقتصر البيع على اشتراط أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء
نفسه ، فإن الحكم بالفسخ يكون منشأً لا كاشفاً . أما إذا أضاف إلى هذا
الشرط أن يكون الفسخ دون حاجة إلى حكم ، أو اشترط أن يكون البيع
مفسوخاً دون حاجة إلى حكم ، فإن الحكم بالفسخ يكون كاشفاً لا منشأً .

(١) نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٢١٨ - بل إن هذا
الإعذار لا يهدى أن يكون تسليلاً لتأخير المشتري فى دفع الثمن وإظهاراً لاختيار البائع فسخ
البيع دون التنفيذ إذ هو بالخيار بين الأمرين ، ومن ثم ليس من الضروري أن يحدد البائع
فى هذا الإعداء أجلاً لوفاء بالثمن ، ولكن من جهة أخرى يستطيع المشتري بمجرد وصول الإنذار
إليه أن يبادر إلى دفع الثمن فيمنع الفسخ (بودرى وسبينا فقرة ٥٥٢) . وفى العمل يحدد البائع
للمشتري عادة أجلاً قصيراً لدفع الثمن ، ويذكر أنه إذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري
الثمن فقد أسح البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه (بودرى وسبينا فقرة ٥٤٢ ص ٢١٤ - بلايول
وربيير ومامل ١٥ فقرة ١٦٤ ص ١٨٨ - ص ١٨٩) .

(٢) استئناف غرناطة ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ م ٤٢ ص ١٨٩ .

(٣) (٢٢٢ - "المجلة" ٤٤)

ولا يوجد فرق على بين الحالتين ، فمراء كان الحكم منشأً للفسخ أو كاشفاً عنه ، فقد قدمنا أن الفسخ يكون له أثر رجعى ويعتبر البيع كأن لم يكن .

٤١٥ - استثنائى على أنه يكره البيع مفسوماً من تلفاء نفسه
 حاجة الى حكم أنه اهذار ، أو مفسوماً من تلفاء نفسه دون حاجة
 الى اهذار : والشرط على هذا النحو قد وصل إلى أعلى مراتب القوة (١) .
 فإذا لم يف المشتري بالثمن فى الميعاد ، اعتبر العقد مفسوخاً دون حاجة
 إلى اهذار (٢) . فإذا نازع المشتري فى إعمال الشرط ، لم يجد البائع بدا من رفع
 دعوى بالفسخ ، ولكن لا يملك المشتري فى هذه الحالة أن يتفادى الحكم
 بالفسخ بدفع الثمن (٣) ، ولا يملك القاضى أن يمنح المشتري أجلاً لدفع الثمن ،
 ويكون الحكم الصادر بفسخ البيع كاشفاً عن الفسخ لا منشأً له (٤) .

(١) وليس من الضروري أن يوضع الشرط بصيغة معينة ، بل إن أية صيغة قدل على المعنى
 تكفى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ
 الصريح ، وعلى ذلك فإذا أثبت الحكم أن طرفى عقد البيع قد اتفقا فى العقد على أن يردع العقد
 لدى أمين حتى يوفى المشتري الثمن فى الميعاد المتفق عليه ، ونصا على أنه عند إخلال المشتري
 بشروط العقد يصرح الطرفان للردع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك
 أن أية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أى اعتبار العقد
 مفسوخاً من تلفاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد فسخ مدلول نص العقد ،
 لأن عبارته تحتل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدنى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره
 رقم ٣٥٩ ص ٦٨٨) .

(٢) استئناف غنط ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣
 م ٢٥ - ٢٣٤ - ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٠ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦
 ص ٨٩ - أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٤٠ - بل ويجوز طرد المشتري من العين
 المنبذة أو نزاعها عنها بحكم من قاضى الأمور المستعجلة (استئناف وطنى ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦
 الحقوق ٢١ ص ٣٠٩ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ الحسامية رقم ١/٢٧٠ ص ٣٢٩ -
 استئناف غنط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٥١ ص ٣٧) .

(٣) استئناف مصر ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ١٠ - ١٢ يناير
 سنة ١٩٤٦ الحامية ٣٠ رقم ١٥٩ ص ١٦٣ .

(٤) انظر الإيضاحية المشرع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التصغيرية ٤ ص ١٥٤ -
 بل يكفى أن يدعى للبائع فى دعوى مرئوعة بتاريخ البيع . مراد من ذلك أن الفسخ بأنه متى كان =

ولكن يجب أن يكون الاتفاق على الإعفاء من شرط الإعذار صريحاً كما يقضى نفس المادة ١٥٨ مدني المتقدم الذكر ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد . وتكون للمحكمة الرقابة التامة للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب إعماله (١) .

وبلاحظ هنا أيضاً أن هذا الشرط لا يمنع البائع من المطالبة بتنفيذ البيع دون فسخه (٢) ، وإلا كان نحت رحمة المشتري إن شاء هذا جعل البيع مفسوخاً بامتناعه عن دفع الثمن . ويترتب على ذلك أن البيع لا يبرأ مفسوخاً إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، إما برفع دعوى الفسخ ، وإما بمجرد إخطار المشتري

= الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمي أو غير رسمي ، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير ، ولا يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستدل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقر أن الفسخ حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . ومن وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد ، فإن إيداع الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انفساخه (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٣ بجموعة ص ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧) .

(١) وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا في قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف الشيك المحول إليه كان العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون إخطار . فامتنع المصرف من صرف الشيك لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل التوفاء موجود في المصرف وأن المدين عرض على الدائن أن يدفع له قيمة الشيك أو أن يعطيه شيكاً آخر ، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن تمتنع ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٩٤) . وفي قضية ثانية اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً في العقد الأول ، ولا يجوز للدائن أن يتمسك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥١ ص ١١) . وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إنذار عند تأخر المدين في دفع قسط ، وتقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد ، ثم تمسك فجأة بجمته في الفسخ عند ما تأخر المدين عن ميعاد دفع قسط ، فإن تساهله السابق يحمل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) . أنظر الوسيط جزء أول ص ١٩ هامش ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ .

بأن العقد قد أصبح منسوخاً (١) ، ولا يقبل من المشتري التمسك بفسخ البيع إذا كان البائع متمسك بالفسخ (٢) .

٤١٦ - **حكم خاص ببيع المنقول - نصي قانوني :** وقد ورد في هذا الصدد نص في بيع المنقول يورد حكماً خاصاً بهذا البيع دون بيع العقار . فنصت المادة ٤٦٦ من التقنين المدني على أنه : في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع منسوخاً دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (٣) .

(١) هل أنه إذا كان الوفاء بالثمن في موطن البائع ، وجب له البائع أن يذهب بنفسه أو بوكيله إلى مكان الوفاء ليتثبت من أن المشتري لم يذهب إلى هناك لدفع الثمن ، أو وجب إنذار المشتري فيعود إلى الإعدار الذي كان قد أعفى نفسه منه . فلا يبقى إذن إلا أن يشترط البائع أيضاً أن يكون الوفاء في موطنه هو (بودري وسينيا فقرة ٥٥٣ - بلانيول وبيير وهامل ١٠ ص ١٩٠ هاشن ٣) .

(٢) وهذا ما لم يكن هناك عربون يفقده المشتري إذا انفسخ البيع لتأخره في دفع الثمن . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا نص في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان المشتري الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما لم يفتح سواه بسواه (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٢٢٩) ، فإن هذه القضية دفع المشتري عربوناً للبائع ، فحق له الرجوع في البيع ، وأصبح للمريدين حقاً مكتسباً للبائع .

ونرى من ذلك أن هذا الشرط الفاسخ للاتفاق ، وهو في أعلى مراتبه من القوة ، وسط بين الفسخ القضائي والانفساخ القانوني . فهو أعلى من الفسخ القضائي في أن الحكم بالفسخ فيه إذا قامت أسبابه - صدوره يكون مقررراً لفسخ لا منشئاً بحيث لا يجوز للمشتري أن يتفادى الفسخ بدفع الثمن ، وبحيث لا يجوز للقاضي إعطاء مهلة للمشتري ندفع الثمن . وهو أدنى من الانفساخ بحكم القانون في أن البيع لا ينفسخ فيه إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، أما في الانفساخ القانوني فالعقد ينفسخ دون نظر إلى إرادة البائع كما إذا علك المبيع في يده قبل التسليم (الوسيط جزه أول فقرة ٤٨٥ ص ٧٢٠) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٤٢ من المشروع التمهيني بمثل الوجه الآتي ، في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، وإذا لم يعقد المشتري تسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه ، أو تقدم ولكنه لم يعرض للثمن ، كان البيع منسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار ، وذلك باستثناء البائع ، إلا إذا كان المشتري في الحالة الأخيرة قد اتفق مع البائع =

وبخلص من هذا النص أن في بيع المنقول يوجد اتفاق يكون بمثابة شرط الفاسخ في أعلى مراتبه من القوة، أي بمثابة الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار. وهذا الاتفاق هو الذي يقع بين البائع والمشتري يحدد ميعاداً لدفع الثمن وتسليم الشيء. يفرض القانون في هذه الحالة أن بائع المنقول يريد تسليم المبيع في مقابل قبض الثمن، وقد اتفق مع المشتري على ميعاد لذلك. ولما كانت المنقولات سريعة التداول، ولا تتحمل ماتحمل العقارات من الإبطاء في التعامل وطول الإجراءات ورفع دعاوى الفسخ ونحوها، وبخاصة إذا كانت هذه المنقولات عروضاً للتجارة وبيعاً وبضائع يريد صاحبها أن يسلمها إلى مشتريها في ميعاد محدود بقبض ثمنها، وإلا فهو في حل من بيعها إلى غيره واعتبار البيع الأول مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعدار، فقد فرض القانون أن اتفاق بائع المنقول مع مشتريه على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع ينطوي على هذا الشرط الفاسخ الذي يبرجه يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار إذا جاء ميعاد

== على أجل أطول للوفاء بالثمن. وفي لجنة المراجعة أقر النص بعد تحرير طفيف تحت رقم ٤٧٤ من المشروع النهائي. وأقره مجلس النواب. ولكن لجنة المراجعة عدلته، واستعاضت عن عبارة «إذا لم يتقدم المشتري الخ» بعبارة «إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع الخ»، وقد راعت اللجنة في ذلك أن تتخذ مثل النص الوارد في التقنين السابق وأد تجعل الحكم أوسع، وصارت المادة رقمها ٤٦١. ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ ع ١٥٥ - ص ١٤٧).

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٤١٨، ٢٣٥. وهي تنص على ما يلي: «وفي بيع البضائع الأمتعة المنقولة إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولاستلام المبيع، يكون البيع مفسوخاً حتماً إذا لم يدفع الثمن في الميعاد المحدد بدون احتياج لفتنه». (والكم يتفق مع حكم التقنين الجديد).

ومقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: التقنين المدني السوري م ٢٩، (مطابقة المادة ٦١، مصري).

التقنين المدني الليبي م ٤٤٠ (مطابقة المادة ٦١ مصري).

التقنين المدني العراقي: لا مقابل - فلا يبرى الحكم لأن النص استثنائي.

التقنين المدني اللبناني والمادة ٦١ اللبناني: لا مقابل - فلا يبرى الحكم لأن النص استثنائي.

تسليم المبيع ودفع الثمن ولم يتقدم المشتري لدفع الثمن (١) . وهذا الفرض قابل للإثبات العكس ، فقد يذكر في البيع ما ينقض ذلك ، كأن يتفق مثلاً على ألا يفسخ البيع إلا بعد إعدار أو أنه يجوز مد الأجل لدفع الثمن أو نحو ذلك . فإذا لم يتم اتفاق صريح أو ضمني مخالف ، وحل الميعاد المحدد لتسليم المبيع وقبض الثمن ، رُفِىَ بتقديم المشتري لدفع الثمن ، اعتبر البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم إعدار (٢) ، وكان البائع في حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ، أو له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى أو يفعل فيه ما يشاء (٣) . على أن انقضاء البيع على هذا الوجه لا يكون إلا باختيار البائع ، فله ألا يعتبر البيع مفسوخاً ، وأن يطالب المشتري بتنفيذه بالرغم من تأخر هذا عن دفع الثمن ، وللاستطاع المشتري أن يفسخ البيع إذا شاء بأن يتأخر عن دفع الثمن (٤) .

(١) أما النص المقابل في التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٥٧) فيجعل التمسك جزاء على عدم تقدم المشتري لتسليم المبيع ، أي جزاء على التزام المشتري بتسليم المبيع لا التزامه بدفع الثمن (بودرى وسبينا فقرة ٥٩٤ - فقرة ٦٠٣) . وقد كان المشروع التمسك بالتقنين المصري الجديد يجعل الفسخ جزاء على كل من الالتزامين : الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسليم المبيع (انظر آتياً نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣١٢ - ٢٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٠ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣١ . وهذا بشرط أن يكون البائع مستعداً لتسليم المبيع ، فإذا كان التسليم في موطن المشتري مثلاً ، وجب لإعمال المادة ٤٩١ مدني أن ينقل البائع المبيع إلى موطن المشتري حتى يظهر استعداد له لتسليمه (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٠٩ - الأستاذ منصور مسقط منصور ص ٢٣١) . وإذا ثبت أن البائع هو الذي تأخر في تسليم المبيع ، فالمشتري طلب فسخ البيع ، ولكن بعد إعدار وحكم بالفسخ يكون لقاضي فيه سلطة تقديرية وفقاً للقواعد العامة (استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٢/١٧ ص ٦٥ - استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

(٣) ولبيان فوق ذلك أن يطالب المشتري بتسليم المبيع : بنى سويف ٢٨ مايو سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ٢/٤٢٢ ص ٤١٨ - أسبوط ١٤ فبراير سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ - الاسكندرية ٥ مايو سنة ١٩٣٠ الهامة الرسمية ٣١ رقم ٩٠ ص ٢٣٦ .

(٤) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - إذا اختار البائع الفسخ أو التنفيذ ، وأقر المشتري على ما اختاره ، لم يعد يستطيع الرجوع فيما اختار (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٧٧) .

ويلاحظ أن الحكم المتروك الذكر لا يسرى إلا في هذه الصورة الخاصة من بيع المتقول للاعتبارات التي تقدم ذكرها . فلا بد أن يكون المبيع متقولاً معللاً أو بضاعة أو أسهماً أو سندات أو نحو ذلك (١) . وأن يكرن المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ودفع الثمن . فلا يسرى هذا الحكم في بيع عقار . كذلك لا يسرى في بيع المتقول إذا كان البيع غير مؤجل ، كما إذا كان المتبايعان لم يتفقا على ميعاد لدفع الثمن ونسلم المبيع فصار الثمن واجب الدفع في الحال ومبيع واجب التسلم فوراً (٢) . ولا يسرى في بيع المتقول إذا حدد ميعاد لدفع الثمن غير الميعاد الذي حدد لتسليم المبيع ، أو حدد ميعاد لدفع الثمن دون أن يحدد ميعاد لتسليم المبيع فيكون التسلم واجباً في الحال ودفع الثمن واجباً في الميعاد المحدد . أما إذا حدد ميعاد لتسليم المبيع دون أن يحدد ميعاد لدفع الثمن ، فقد رأينا (٣) أن الثمن يكون واجب الدفع في ميعاد تسليم المبيع فيسرى الحكم الوارد في المادة ٤٦١ مدني (٤) .

وفي جميع الصور التي لا يسرى فيها هذا الحكم ، وهي الصور التي قدمنا بيانها ، تسرى القواعد العامة التي سبق أن قررناها . فلا يكون فسخ البيع فيها لعدم الوفاء بالثمن إلا فسخاً قضائياً بمسببات هذا الفسخ التي سبق ذكرها ، أو فسخاً اتفاقياً إذا وجد شرط فاسخ صريح بالتدرج الذي بسطناه فيما تقدم .

(١) ولكن لا يجوز أن يكون متقولاً معنوياً لمجموع من المال أو منجز (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٨ - ص ٣٤٩) .

(٢) استئناف وطني ٢٩ مايو سنة ١٩٢١ المادة ٢ رقم ١٧ ص ٤٢ - استئناف منقطة ١٤ يناير سنة ١٩٤٢ م ٤٤ ص ٤٣ .

(٣) انظر آتياً فقرة ٣٩٦ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض في عهد الشقطين المدني السابق بأن المادة ٣٣١ مدني (١٩١) مدني بطلت . بناءً على استئناف من القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان فسخ العقود إلا بعد التنبية الرسمي ، ولا يصح تبنيها إلا في حدود نصها ، أي في حالة تجديد أجل ليدفع المشتري الثمن ويتسلم المبيع . أما إذا كان الأجل محدوداً ليعبر بالبالغ على المبيع وتسلمه المشتري ، ففي هذه الصورة لا يفتي كتاب من واجبه التنبية رسمياً على المشتري بالتسليم والوفاء (الذين مدني ١٢ يناير سنة ١٩٤٤ م و١٢ رقم ٩١ ص ٢٤٧) .

٤١٧- الالتزام الذي ترتب على الفسخ الاتفاقى - اهـ : وترتب على الفسخ الاتفاق نفس الآثار التي ترتب على الفسخ القضائى ، وقد سبق الإشارة إلى ذلك (١) .

فإذا فسخ البيع بحكم الاتفاق ، فى أبة صورة من الصور التى تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلاً ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد ، وإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م ١٦٠ مدنى) . وينحل البيع بأثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك على التفصيل الذى تقدم بيانه .

المبحث الثانى

تحمل مصروفات البيع

٤١٨- النصصرحى الفانونية : تنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« نفقات عقد البيع ورسوم « الدفعة » والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » (٢) .
وراء ابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٣٠٩/٢٤٣ (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٤٧٦ فى المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فبئس الشيوخ تحت رقم ٤٦٢ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ - ص ١٤٨ - ص ١٤٩) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٢٠٩/٢٤٢ : رسوم عقد البيع ومصاريفه على المشتري .
وانظر أيضاً م ٣٢٦/١٨٤ .
(ولا مكان - دفعة فى التقنينين الجديد والسابق) .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري المادة ٣٠ ، -
وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٣ - ٥٨٥
وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٣ (١).

ومصروفات البيع يقوم المشتري عادة بها ، فلا يرجع على البائع بشيء منها
لأنه هو الذي يتحملها كما يقول النص ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف يحمل
البائع يتحمل بعض هذه المصروفات أو كلها ، أو ما لم يوجد عرف مخالف
كما هي الحال في السمسرة فقد جرى العرف أن يشترك فيها البائع والمشتري
مناصفة (٢).

وقد يقوم البائع في بعض الأحيان بمصروفات البيع أو ببعضها ، فما لم يوجد

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٥٠ (مطابقة لمادة ١٦٢
مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى البرزق في مادة ٢٤٢ - فقرة ٢٤٣ ،
التقنين المدني الليبي م ٤١ (مطابقة لمادة ١٦٢ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٨٣ : نفقات عقد البيع ودسوم التسجيل وبغيرها من الرسوم
وأجرة كتابة السندات والصكوك وغيرها من المصروفات التي يتقضيها البيع تكون على
المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقتضي بغير ذلك .

م ٨٤ : الأشياء المبيعة جزأاً مؤونتها ومصروفاتها على المشتري ، فو بيعت ثمرة كرم
بجزأاً ، كانت أجرة قطع تلك الثمرة وجزءها على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق يقتضي بغير ذلك .
م ٨٥ : ما يباع محمولاً تكون أجرة نقله وإيصاله إل بيت المشتري بادية على سب
الاتفاق والعرف .

(أحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التقنين المصري - وانظر في القانون المدني العراقي
الأستاذ من القانون فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٣٠ - الأستاذ عباسي تحت المصروفات فقرة ٧٤ -
فقرة ٧٧) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١ : إن خصايف أحد البيع والاداء (كالحزم
والقفل والهدم) أو من الأضرار أو القطع والتمزيق أو تلف البضائع التي يبيعها كاتب العدل
والطابع ما يلزم البائع الثمراء ، كل ذلك يذمه المشتري ، ما لم يكن نص أو عرف مخالف .
وتشتمل على الأضرار ودسوم الرزق (التوافيق) والتمزقة والهدم التي تقع على أثناء
نقل البائع بعهده وسواء .

(أحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(٢) المادة ١١٣ من القانون المصري في المادة ١١٣ من القانون اللبناني .

اتفاق أو عرف مختلف يكون له الرجوع بما أنفقه على المشتري لأنه هو الذي يتحمل مصروفات البيع (١) كما سبق القول . فلتعرض إذن حالة ما يقوم المشتري بالمصروفات ، ثم حالة ما يقوم البائع بها أو ببعضها ويرجع على المشتري بما أنفقه (٢).

٤١٩ - المشتري قام بمصروفات البيع : وتشمل هذه المصروفات

عادة على نفقات كتابة عقد البيع ، سواء كتب في ورقة عرفية حيث يتحمل المشتري رسوم : الدفعة ، إن كانت هناك رسوم ، أو في ورقة رسمية حيث يتحمل المشتري رسوم الورقة الرسمية . ويدخل في المصروفات أيضاً أنابيب الحماى الذى قام باعداد عقد البيع وتسجيله . وتدخل أيضاً مصروفات الكشف عن العقار المباع في جهات الشهر للتثبت مما عليه من الحقوق للغير . وتدخل المصروفات اللازمة لإعداد عقد البيع للتسجيل وما يقتضيه ذلك من نفقات ورسوم التصديق على التوقيعات ويدخل في ذلك توقيع البائع نفسه (٣). وتدخل رسوم التسجيل ذاتها وهى عادة رسوم مرتفعة ، وقد كانت ٣٠٪ من الثمن ثم

(١) وهذا من الناحية القانونية . أما من الناحية الاقتصادية فالواقع من الأمر أن البائع هو الذى يتحمل مصروفات البيع في النهاية ، إذ أن المشتري يدخل هذه المصروفات في اعتباره عند تقديره ثمن المبيع ، ويدخل في الثمن هذه المصروفات . وقد كان المشتري يزهد الثمن بمقدار هذه المصروفات لو لم يكن هو الذى يتحملها قانوناً ، فيكون البائع هو الذى فاته هذه الزيادة ، وهو إذن يتحمل المصروفات على هذا الوجه (بلانويل وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩) .

(٢) أما علاقة كل من البائع والمشتري بالغير فيما يتعلق بمصروفات العقد فتحددها الرابطة القانونية بينهما ، فأنابيب الحماى مثلا يرجع بها على كل من البائع والمشتري إذا وكلاه معاً وفقاً للمادة ٧١٢ من القانون التى تجعل الموكنين المتعدين مسئولين بالتضامن نحو الوكيل (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١١) وإذا رجع الحماى على البائع بكل أنابيبه رجع البائع بها كلها على المشتري ، أما إذا رجع الحماى على المشتري لم يرجع هذا بشئ على البائع (الأستاذ محمد على إمام سورة ٢٥٠ ص ٤٢٥) .

(٣) أنظر في حساب مصروفات التصديق على التوقيعات ضمن مصروفات البيع الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٤٢٩ ص ٤٢٨ وهامش رقم ٤ ، وفى أن مصروفات إثبات البائع لمكتبته للمبيع كمصروفات إعلام الورثة تكون عليه لا على المشتري المصدر السابق ص ٤٢٩ هامش رقم ٢ . وإذا كان البائع في مكان بعيد وتكلف نفقات في الحضور لتوقيع والتصديق على التوقيع ، فإنه كالتفقات يتحملها هو ، لأنه يلزم بالقيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل وتضمن القواعد العامة بأن نفقات تنفيذ الالتزام على الالتزام .

ارتفعت إلى ٥ ٪ . ثم انخفضت أخيراً إلى ٧ ٪ (١) . وإذا نقل "المزار المبيع امتياز
البائع لتأخير دفع الثمن كله أو بعضه ، فإن مصروفات قيد هذا الامتياز وكذلك
مصروفات شطب القيد بعد دفع الثمن تدخل في مصروفات البيع التي يتحملها
المشتري . لكن إذا كان على المبيع رهن أو حق عيني آخر ترتب من جهة البائع ،
فإن مصروفات شطب القيد لتدفع هذه الحقوق العينية تكون على البائع لأجل
المشتري إلا إذا وجد اتفاق خلاف ذلك . أما السمسرة فقد قدمنا أن العرف
قد جرى على أن تكون مناصفة فيما بين البائع والمشتري ، وقد جرى العرف
أيضاً على أن يأخذ السمسار ١/٢ ٪ من الثمن من كل من البائع والمشتري
إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ، فكل من المتبايعين يدفع نصيبه من
السمسرة مباشرة إلى السمسار (٢) .

كل ما قدمناه وغيره من مصروفات البيع يتحملة المشتري ، وهو الذي
يقوم به عادة كما سبق القول ، فلا يرجع بشيء منه على البائع ، إلا إذا وجد
اتفاق أو عرف مخالف (٣) .

(١) وإذا علم المشتري أن المزار الذي باعه إياه الوارث لا يزال مكلفاً باسم المورث ،
فعل المشتري دفع رسم الأيلولة لنقل السكيب من المورث إلى الوارث ، لأن رسم مشتري بعدم
دفع الوارث لرسم الأيلولة وعدم انقراط شيئاً في خصائص ذلك يفيد رضاه الضمني بتحملها
(استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٨٩٩ م ٨٠ ص ٢٢٥ - ٢ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١
ص ١١٨) . ولكن الأصل هو أن رسم الأيلولة يتحملة الورثة البائعون لا المشتري ، فإذا دفعه
المشتري مضطراً رجع به على "وارث" (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥ -
١٨ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٥٠) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧ - ١٠ يونيو ١٩٣٠ م ٤٣
ص ٥٤٧ .

(٣) وإذا وجد اتفاق يحمل البائع مصروفات البيع ، قيل في هذه الحالة إن المشتري قد اشترى
وعقده في يده (contrat en main) ، أي أنه يحرص على حثه دون أن يدفع شيئاً غير الثمن
(بودري وسينيا لفترة ١٩١١) .

وإذا أحمه المشتري على نفسه دفع الضريبة المتأخرة على البيع ، ووجب عليه دفعها ولو صار
فأور زاد الضريبة عما كانت عليه من قبل (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨
ص ٣٠٨) . وإذا تهدد المشتري بدفع الضريبة المتأخرة وديون البائع - حكومة - ثم أنزلت
الحكومة للبائع من هذه الضريبة والمعيونات ، وجبت على المشتري دفعها للبائع لأنها تعتبر جزءاً من
الثمن (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٠٢) .

أما مصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشتري إلى تطهيره فتكون على البائع لأعمل المشتري (١)، لأن الرهن الذي يطهره المشتري آت من جهة البائع، وهذا ما لم يوجد اتفاق مخالف. وكذلك يتحمل البائع أية مصروفات للبيع يكون هو الذي تسبب فيها بخطأه، كما إذا أعطى المشتري بيانات خاطئة عن المبيع كان من شأنها أن زادت مصروفات البيع دون مبرر، وكما إذا فسخ بخطأه البائع فقد تجعل مصروفات البيع على عاتق البائع على سبيل التعويض (٢).

٤٢٠ — البائع قائم بمصروفات البيع أو ببعضها : وقد يقع كما قدمنا أن يقوم البائع بمصروفات البيع أو ببعضها. مثل ذلك أن يقوم بكتابة عقد البيع فيدفع «الدمغة» ونحوها أو رسوم الورقة الرسمية. ومثل ذلك أيضاً أن يدفع أتعاب الخزان أو كل السمسرة أو مصروفات قيد امتيازه على العقار المبيع أو نحو ذلك. فمن هذه الحالات يرجع البائع على المشتري بما دفعه من هذه المصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف.

وللبائع، في رجوعه على المشتري بما دفعه من مصروفات البيع، كل الضمانات التي له في الرجوع عليه بالثمن. فيستطيع أن يحبس المبيع، وأن يطلب فسخ البيع، إذا لم يسترد هذه المصروفات من المشتري. وله حق امتياز على المبيع يكفل له استرداد هذه المصروفات. والظاهر أيضاً أنه يرجع على المشتري بالفوائد القانونية لما دفعه من مصروفات البيع من وقت دفعها، على أساس أنه يكتيل عن المشتري في دفع هذه المصروفات، والوكيل يرجع على الموكل بما أنفقه مع الفوائد من وقت الاتفاق (م ٧١٠ مدني) (١).

(١) جيوار ١ - فقرة ١٩٧ - أوبري ٢٥٣ - فقرة ٣٥٣ - ماش ٢ - بودري وسينيا
فقرة ١٩٠ - بلايول وريبير وعامل ١٠ - فقرة ٢٢ - كولان وكابيتان ٢ - فقرة ٩٣٩
س ٩٢٤.

(١) بودري وسينيا فقرة ١٩٣ - بلايول وريبير وعامل ١٠ - فقرة ٢٣.
(٢) بلايول وريبير وعامل ١٠ - فقرة ١٩ - رابو انتيج الكايم تقنياً في دفع مصروفات
البيع، بل إنهم أخذوا في الفوائد القانونية على موزون اعتبار المادة ١٩٠ مدني.

المبحث الثالث

تسليم المبيع

٤٢١ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٦٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا لم يبين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » .

وتنص المادة ٤٦٤ على ما يأتي :

« نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يحدد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » (١).

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٣ : ورد هذا النص في المادة ٦١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :
١٥ - يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد ، ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلم المبيع دون إبطاء ، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن ، ويتسلم في المكان الذي يجب أن يسلم فيه البائع . وفي لجنة المراجعة اكتفى بالفقرة الثانية لأنها تفيد المعنى المطلوب كاملاً ، وحوت تحريراً لفظياً فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين المدني الجديد ، وأصبح النص رقمه ٤٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٦٠ - ص ١٦١) .

م ٤٦٤ : ورد هذا النص في المادة ٦١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :
١٥ - نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عقد أو اتفاق يقضي بغير ذلك .
٢ - وكذلك الحال في نفقات النقل إذا وجب نقل المبيع إلى مكان غير الذي ينفذ فيه العقد .
وبينهم البائع قد رضى أن يتحمل نفقات النقل إذا اشترط المشتري التسليم خالص الأجر .
وإذا اتفق على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الخدمية ، اعتبر البائع =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٥٦/٢٨٤ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤٣١ - ٤٣٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٥٢ - ٤٥٣ - وفي
التقنين المدني العراقي المادتين ٥٨٦ - ٥٨٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود
الليبي المادة ٤٧٢ (٢).

== راضياً أن يتحمل الرسوم التي تجبى في نقل البضاعة ، وقت الخروج ، وأثناء العبور وعند
الوصول ، ولكنه لا يتحمل رسوم الاستهلاك التي تجبى عند تسليم المبيع . وفي لجنة المراجعة
حذفت الفقرة الثانية لأن مكانها القانون التجاري ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين
المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس
الشيوع تحت رقم ٤٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٦٢ - ص ١٦٣) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٥٦/٢٨٤ : ومصاريف المشال ومصاريف دفع الثمن تكون
على المشتري ، وكذلك رسوم عقد البيع ، وهذا إن لم يقض العرف التجاري بخلاف ذلك
في جميع الأحوال .
(والأحكام متفقة في التقنينين السابق والجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣١ - ٤٣٢ ، (مطابقتان
للمادتين ٤٦٣ - ٤٧٤ مصري - وانظر القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
فقرة ٢٤٠ - فقرة ٢٤١ وفقرة ٢٤٤ .

التقنين المدني الليبي م ١٥٢ - ١٥٣ (مطابقتان للمادتين ٤٦٣ - ٤٦٤ مصري) .

١ تسليم المدني العراقي م ٥٨٦ : يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين
في العقد ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق
أول العرف زماناً أو مكاناً لتسلم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يجب أن
يتسلم فيه البائع ، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن .

م ٥٨٧ : نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك .
(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - أنظر في القانون المدني العراقي
الأستاذ حسن الدين فقرة ٣٤١ - فقرة ٣٤٢ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٧٨ -
فقرة ٥٨٦) .

تقنين الموجبات والعقود الليبي م ٤٧٢ : يجب على المشتري أن يتسلم المبيع في المكان
والزمان المعينين في العقد . وإذا لم يكن هناك نص بخلاف ، وجب عليه أن يتسلم المبيع
بلا إبطاء ، مع مراعاة المهلة اللازمة للاستلام . وإذا لم يحصر لاستلام المبيع ، أم حضر بدون
أن يعرض دفع الثمن في المرة نفسها ، وكان البيع نقداً ، تطبق القواعد السابقة بتأخير الدين .
وإذا كان على الواجب تسليم الأشياء البسيطة دفعت مرة واحدة ، والاعطاش عن استلام البضاعة الأولى =

ونبحث في تسليم البئ : (١) كيف يكون التسلم . (٢) زمان التسلم ومكانه .
(٣) نفقات التسلم . (٤) الجزاء على الإخلال بالتزام التسلم .

٢٢ - كيف يكون تسليم المشتري للبئ : التسلم في أغلب صورء هو العملية المتبعة للتسليم . فقد بينا (١) أن البائع يلتزم بتسليم البئع ، وذلك بأن يضعه تحت تصرف المشتري بحيث يكون هذا متممًا من حيازته حيازة يستطيع معها أن يمتنع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك . وفي أكثر الأحوال يقع هذا بأن يقبض المشتري فعلا البئع من البائع على هذا النحو ، فيسلم البائع البئع إلى المشتري ويتسلمه المشتري من البائع ، ويتم التسليم والتسلم في وقت واحد . ولكن يحدث أن البائع يضع البئع تحت المشتري ، ويكون المشتري متمكناً من الاستيلاء عليه ، ولكنه لا يستولي عليه فعلا ، فيكون البائع قد قام بالتزامه مع تسليم البئع ، ولم يتم المشتري بالتزامه من تسلمه ، ولا يعتبر المشتري حائزاً للبئع (٢) .

فيلتزم المشتري إذن بأن يتسلم البئع ، وذلك بالاستيلاء عليه فعلا . وتظهر الأهمية العملية لوجوب تنفيذ المشتري بتسلم البئع في حالة ما إذا كان التسلم واجباً في موطن البائع أو في موطن آخر غير موطن المشتري وكان البئع منقولاً . ففي هذه الحالة إذا لم يتقدم المشتري في الميعاد المحدد للتسلم إلى موطن البائع أو إلى المكان الذي يجب فيه تسليم البئع ليدسلمه ولينقله من مكانه (-) إلى المكان الذي يريد أن يضعه فيه ، فيخلى بذلك المكان الذي كان شاغلاً له عند البائع . كان المشتري مخلاً بالتزامه بتسلم البئع ، وجاز للبائع وفقاً للقواعد العامة لإعذاره وإلزامه بالتسلم أو طلب الفسخ على النحو الذي سنبينه .

= ينتج المفاعيل التي ينتجها عدم اتمام المجموع - ذلك كله ما لم يكن اتفاق محدد بين الفريقين .

أنظر أيضاً المادة ٤١٣ وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ١٨ : في الحاشية

(وأحكام التفويض البائى تنفق مع أحكام التفويض المعرى) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ٣٠٥ .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ٣٠٥ في الحاشية .

(٣) مدان ١١ وفترة ٢٧٤ .

وتسلم المبيع كتسليمه يتم بالأعمال التي تنفق مع طبيعة المبيع . فتسلم العقار يكون بمجازته بعد أن يخلبه البائع على ما قدمنا . وتسلم المنقول يكون بقبضه من البائع أو بمجازته إذا كان المنقول في مكان لا ينقل منه . وتسلم الأوراق المالية يكون بقبضها أو بإبداء البائع إياها لحساب المشتري في مصرف . وقد يتسلم المشتري المنقول بتسلم مفاتيح المنزل أو الخزن أو الصندوق أو أى مكان آخر يحتوى على هذا المنقول ، أو بتحويل البائع له سند الإبداء أو التخزين . إذا كان المنقول مودعاً أو مخزوناً في جهة ما أو بتسليمه هذا السند إذا كان لحامله . وإذا كان المبيع حقاً مجرداً كحق المرور أو حق شخصي ، فقد يتم التسليم بأخذ المشتري السند الحق أو باستعماله الحق فعلاً . والتسليم الحسكى من جانب البائع يتضمن تسليماً حكياً من جانب المشتري ، فالمشتري الذى يشتري شيئاً كان في حيازته قبل البيع ويستقبه في حيازته كمشترى يكون قد سلم المبيع تسليماً حكياً ، وترك المشتري المبيع للبائع يحمله بسبب آخر كإيجار أو رهن أو ودعة بعد تسليماً حكياً من المشتري للمبيع ، وإذا أجز المشتري المبيع ، وقبضه استأجر من البائع رأساً كان هذا تسليماً حكياً للمبيع من المشتري . وقد سبق أن بسطنا القول في كل من هذا الكلام في طريقة تسليم المبيع (١) .

٤٣٣ - - زمان تسليم المبيع ومكانه : زمان تسليم المبيع ومكانه يكونان عادة هما زمان تسليم المبيع ومكانه . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري في زمان معين وفي مكان معين سبق بيانهما (٢) ، ويكون المشتري عادة ملتزماً بتسلم المبيع من البائع في نفس الزمان والمكان ، إذ يغلب كما قدمنا أن التسليم يعقبه التسليم دون إبطاء إلا ما يقتضيه التسليم من زمن . فعندما يسلم البائع المبيع للمشتري ، يتسلمه المشتري فوراً في نفس الزمان وفي نفس المكان .

على أنه قد يترأى تسليم المبيع من المشتري عن تسليمه من البائع . وذلك بأن يحدد الاتفاق أو العرف زماناً للتسليم إلى الزمان الذى يتم فيه التسليم ، كأن

(١) أنظر اتفاقاً ٣٠٨ .

(٢) أنظر اتفاقاً ١٠٠٠ - ١٠١١ .

بكون المبيع ، نظراً ودعاً في مكان معين لينتق المتبايعان على أن يضع المبيع تحت تصرف المشتري مفاتيح هذا المكان بإبداعها في جهة معينة . يستطيع المشتري أن يأخذها منها في أى وقت شاء ، على ألا يتأخر عن تسليم المفاتيح أكثر من ثلاثة أيام من وقت إبداعها . أما أن يكون السلم غير مكان التسليم فهذا مما لا يتصور فحيث يتم التسليم يقع التسليم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : وكذا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك المشتري يلتزم بتسلمه . وزمان التسليم ومكانه يحدداهما عقد البيع ، وهما يكونان عادة زمان ومكان التسليم . فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسليم دون إبطاء بمجرد التماس من البائع ، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن ، ووجب أن يكون في مكان التسليم (١) .

٤٣٤ - نفقات تسليم المشتري للمبيع : قدمنا أن نفقات تسليم المبيع

تكون عادة على البائع ، فيتحمل هذا مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم وسفقات الوزن والمقاس والسجل والعد إذا كان المبيع يفرز باحدى هذه الطرق ، ومصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة أو المكان الذى يوجد فيه المبيع إلى المشتري ، والرسوم الجمركية المستحقة على البضائع المبيعة التى يستوردها البائع ، وغير ذلك من المصروفات مما سبق بيانه (٢) . أما نفقات تسليم المبيع فتكون على المشتري لا على البائع ، وقد نص على هذا الحكم صراحة كما رأينا في المادة ٤٦٤ مدنى ، وهى ليست إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن التى تقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، (م ٣٤٨ مدنى) ، والالتزام بالتسليم المدين فيه هو المشتري ومن ثم تكون نفقاته عليه ، كما أن الالتزام بالتسليم المدين فيه هو البائع فكان هو الذى يتحمل النفقات .

ومن ، مصروفات تسليم المبيع مصروفات نقله من مكان التسليم والتسليم إلى المكان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢ .

(٢) أخر آتياً فقرة ٣١٢ .

الذى يربط المشتري ، فكما أن البائع يتحمل مصروفات نقل المبيع إلى مكان التسليم والتسلم يتحمل المشتري نفقات نقله من هذا المكان . وإذا كان المبيع ثمراً على الشجر - كشجر المانجو والمواخ والمرز ونحوها - ويبيع على هذه الحالة ، مصروفات قطعه من الشجر تكون على المشتري لا على البائع ، وكذلك الحال في كثر محصول بيع في الأرض قائماً لا مقطوعاً . وإذا كان المبيع مما يجب تصديره وكان تسليمه عند الشحن في مكان التصدير ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى أن يفرغ في محطة الوصول تكون على المشتري لأنها مصروفات أنفقت لتسلم المبيع . أما إذا كان تسليم المبيع عند التفريغ في محطة الوصول ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى هذا المكان تكون مصروفات أنفقت لتسليم المبيع لا لتسلمه ، فتكون على البائع لا على المشتري . وكذلك الحال في الرسوم التي تجبى على المبيع وقت خروجه من محطة التصدير ورسوم « الترانزيت » أثناء العبور وللرسوم التي تجبى عند وصول البضاعة إلى محطة التفريغ ، كل هذه الرسوم يتحملها المشتري إذا كان مكان التسليم هو محطة الشحن ، ويتحملها البائع إذا كان مكان التسليم هو محطة التصدير .

وهذا كله مالم يقض الاتفاق أو العرف بغيره ، فعند ذلك يسرى الاتفاق أو العرف . فقد يقضى العرف التجاري بأن مصروفات التفريغ تكون على المشتري ، يتحملها ولو كان التسليم في مكان التفريغ . وقد يفتق المتبايعان على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، وعند ذلك يتحمل البائع الرسوم التي تجبى في نقل المبيع وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ولو كان التسليم في مكان الشحن . ولكنه لا يتحمل الرسوم التي تجبى على استهلاك المبيع في هذه الحالة ، بل الذى يتحملها هو المشتري لأنه هو الذى يستهلكها ، وذلك مالم يكن هناك اتفاق على غير (١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :
« أما ما يقتضيه التسليم من نفقات - في النقل والشحن وغير ذلك - فهو

(١) أنظر الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدى ، رعى الفقرة التى حلفت في لجنة المراجعة ، أنفاً فقرة ٢١ في الماشر .

على المشتري ، عالم بوعده اتفاق أو صرف بقبض بغير ذلك . ونفقات النقل المبيع إلى مكان التسليم قد تدخل ضمن نفقات التسليم فهي على البائع ، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسليم (إقرأ المكان الذي يريده المشتري فإن مكان التسليم هو نفس مكان التسليم كما سبق القول) إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشتري . وإذا كان المشتري في مكان غير مكان البائع ، واشترط التسليم خالص الأجر . وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشتري ونفقات النقل عليه . بل قد يشترط المشتري أن يكون التسليم خالصاً . لا من أجر الشحن وحده ، بل كذلك من الرسوم الجمركية ، فيتحمل البائع هذه الرسوم ، سواء كانت تنجي وقت خروج البضاعة من بلد البائع ، أو أثناء عبورها في الطريق ، أو عند وصولها إلى بلد المشتري . أما رسوم الامتلاك التي قد تنجي عند تسليم المبيع ، فهي على المشتري . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على غيرها (١) .

٢٥ — الجزاء على افعال المشتري بالتزام تسليم المبيع : فإذا أدخل

المشتري بالتزامه من تسليم المبيع ، بأن كان مكان التسليم في موطن البائع ولم يتقدم لتسلمه ، أو كان في جهة أخرى ولم يذهب إليها للتسلم ، أو كان في موطنه هو فأتى له البائع بالمبيع فرفض تسليمه ، أو تخلف المشتري عن تسليم المبيع في انبعاث المحدد للتسلم ، جاز للبائع أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشتري جبراً عليه . وقد يتم ذلك عن طريق إيداع المبيع على ذمة المشتري بمصروفات يتحملها المشتري ، أو يتم عن طريق الحكم على المشتري بغرامة تهديدية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسليم ، أو يتم بطريق آخر من الطرق المقررة للتنفيذ العيني (٢) . ويسبق ذلك كله إعداز البائع للمشتري أن ينفذ التزامه بتسليم المبيع . كذلك يجوز للبائع ، بعد إعداز المشتري ، أن يطلب فسخ البيع . ويبين

(١) بمعرفة الأموال التعصيرية ٤ ص ١٦٢ -- ص ١٦٣ .

(٢) وقد يكون للبائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، أي بوضع تحت تصرفه وتمكينه من الاستيلاء عليه ، ولا يطلب المشتري بعد ذلك تسليمه . فيكون البائع قد قام بالتزامه بالتسليم ، ومن ثم يجوز له المطالبة للمشتري بالتزام ، سواء سلم المشتري المبيع أو لم يسلمه .

للمفاضى سلطته التقديرية . فاذا رأى مبرراً للفسخ قضى به ، وإلا أعطى المشتري مهلة لتسلم المبيع ، وفقاً للقواعد المقررة فى الفسخ القضائى . وقد بوضع فى البيع شرط فاسخ اتفاقى ، فبتبع فى شأنه جميع القواعد التى سبق ذكرها فى شأن الفسخ الاتفاقى عند عدم دفع الثمن (١) .

وسواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ ، فله فى الحالتين أن يطلب تعويضاً عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بتسلم المبيع ، وذلك كأجرة المكان الذى بقى مشغولاً بالمبيع بعد حلول وقت تسلمه (٢) .

(١) وإذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متوالية ، فالتخلف عن تسليم الدفعة الأولى يكون بمثابة التخلف عن تسليم كل المبيع (أنظر م ١٧٢ لبناني آنفاً فقرة ٤٢١ فى الهامش) ، ولكن التخلف عن تسليم الدفعات الأخيرة لا يمس ما تم تسلمه من الدفعات الأولى (أوربى ورو . فقرة ٢٥٦ ص ٩٩ - أوربى وصيتيا فقرة ٥٩٩) .

وإذا أعذر المشتري البائع بمطالبه بتسليم المبيع ثم لم يتم التسليم ، وجب على البائع ، حتى يحتاج على المشتري بعدم تسلمه المبيع ، أن يعذر . هو أيضاً بالتسلم حتى يثبت عليه التأخر فى تنفيذ هذا الالتزام (استئناف محظاظ ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٧) .

ومن اشترى شيئاً ليعاد ملزوم بتسلمه من القربة التى يوجد فيها ، وليس له أن يبقيه لهائمه عنه بقدر حاجته لتسميد أرضه ، وللبائع إجباره على التسليم أو وضع الطين فى مكان معين على دمة المشتري (استئناف محظاظ ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٣) .

(٢) أنظر فى كبر ذلك بودرى وصيتيا فقرة ٥٩٤ - بلانيرل وريبير ومامل ١٠ فقرة ١٤٤ .

الْبَيْتُ الثَّانِي

عقد المقايضة

نظرة عامة

في عقد المقايضة

٤٢٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٨٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

وتنص المادة ٤٨٣ على ما يأتي :

« إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تدبير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معديلاً » (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٥٦ - ٣٥٧ من التقنين المدني الوطني (٢) .

(١) تأويل النصوص :

م ٤٨٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٥٣ من المشروع التهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا عبارة « على سبيل التبادل » فقد أضيفت في لجنة المراجعة بعد أن أقرت النص تحت رقم ٥٠٩ من المشروع التهدي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٢ (مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٢٣٣) .

م ٤٨٣ : ورد هذا النص في المادة ٦٥٤ من المشروع التهدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٠ من المشروع التهدي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٣ (مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٢٣٤ - ص ٢٣٥) .

(٢) التقنين المدني الوطني السابق م ٣٥٦ : المعارضة مقننه يلتزم كل من المتعاقدين المتعاقدين بأن يعطى للآخر شيئاً بدل ما أخذه منه .

م ٣٥٧ : تحصل المعارضة بمجرد رضا المتعاقدين بها الكيفية المقررة للبيع .

متاباً في التشريعات المدنية العربية الأخرى : في التتبعين المدني السوري
المادتين ٤٥٠ - ٤٥١ - وفي التتبعين المدني الليبي المادتين ٤٧١ - ٤٧٢ -
وفي التتبعين المدني العراقي المادة ٥٩٩ - وفي تتبعين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ٤٩٩ - ٥٠١ (١) .

٤٧٧ - تمييز عقد المقايضة عن البيع : ويظهر من النصوص المتقدم
ذكرها أن عقد المقايضة يتميز عن عقد البيع في أن عقد البيع مبادلة شيء بمبلغ
من النقود وهو الثمن ، أما عقد المقايضة فهو مبادلة شيء بشيء لا يكون أيهما
مبلغاً من النقود . ففي البيع يوجد مبيع وثمن ، أما في المقايضة فلا يوجد ثمن

= وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في شأن المقايضة في التتبعين المدني السابق :
م يرد شيء عن عقد المقايضة في التتبعين المختلط . أما التتبعين الأمل فقد أورد في فأنه خسة
مصوص (م ٣٥٦ - ٣٦٠) اقتصر على تطبيق النواصب العامة ، فيما عدا نفاً واحداً
(م ٣٥٩) شذ عن هذه النواصب شفوذاً لا مبرر له . وقد أصلح المشروع هذا العيب ، وأورد
موصفاً تعرض لمميزات خاصة في عقد المقايضة : ثم نص بوجه عام على وجوب تطبيق أحكام
البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٣٢ .
وانظر أيضاً ص ٢٣٨) .

(١) التتبعيات المدنية العربية الأخرى : التتبعين المدني السوري م ٤٥٠ - ٤٥١ (مطابقان
لمادتين ٤٨٢ - ٤٨٣ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
فقدراً ٣١٠ - فقرة ٢١٥) .

التتبعين المدني الليبي م ٤٧١ - ٤٧٢ (مطابقان لمادتين ٤٨٢ - ٤٨٣ مصري) .
التتبعين المدني العراقي م ٥٩٩ (مطابقة للمادة ٨٣ مصري - وانظر في القانون المدني
العراقي الأستاذ حسن الذنون لفرقة ٣٧٠ - فقرة ٣٧٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف
ففرقة ٦٣٦ - فقرة ٦٤١) .

تتبعين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٩٩ : المقايضة عقد يلتزم فيه كل من المتعاقدين أن يؤدي
شيئاً للحصول على شيء آخر .

م ٥٠٠ : تم المقايضة بمجرد رضا الفريقين . أما إذا كان موضوع المقايضة عقارات
أو حقوقاً عينية على عقارات ، فنطبق أحكام المادة ٢٩٣ وأحكام القوانين المقارئة المعمول بها .
م ٥٠١ : إذا عقدت المقايضة على أشياء تتفاوت قيمتها ، فملتزميها أن يؤديا الفرق
من النقود أو من أشياء أخرى .
(وأحكام التتبعين اللبناني تتفق مع أحكام التتبعين المصري) .

ولكن يوجد مبيع وصبيع إذ النيدن المتقابلين فيهما يكون كل منهما في حيز المبيع (١).

والمقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر ، كمبادلة دار بأرض أو سبارة بآلة زراعية أو أرض بمواش أو نحو ذلك . بل هي قد تكون مبادلة حق عيني آخر أو حق شخصي بالملكية أو بأى حق عيني أو شخصي آخر ، كمبادلة رقة دار بحق انتفاع في دار أخرى أو في أرض ، ومبادلة حق انتفاع بحق انتفاع أو بحق ارتفاق ، ومبادلة حق انتفاع أو حق ارتفاق بحق شخصي (٢).

ولكن لا بد أن تكون المقايضة مبادلة حق بحق ، فإذا بودل حق بعمل أو بامتناع عن عمل أو بودل عمل بعمل أو عمل بامتناع عن عمل ، كما إذا أمطى شخص أرضاً لآخر في نظير أن يقوم له بعمل معين أو في نظير أن يمنح من عمل معين ، فهذا العقد ليس مقايضة بل هو عقد غير مسمى .

ولا بد أن تكون المقايضة كما قدمنا مبادلة حق غير نقدي ، فلا تدخل النقود في عقد المقايضة ، وهذا هو الذى يميزها عن عقد البيع . ومع ذلك فقد يدخل المقايضة نقود تكون معدلاً (soulte) ، بها إذا كانت الأشياء المتقايض فيها لها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين . فانه يجوز ، طبقاً للمادة ٤٨٣ مدنى المتقدم ذكرها ، تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معدلاً . فإذا قايض شخص بدار مملوكة له على أرض مملوكة لآخر ، وكانت قيمة الدار التي ورثها الأرض ألفاً وخمسمائة في نظر المتقايضين ، فإن صاحب الدار يأخذ في مقابل داره الأرض ويبيعها بمعدل من النقود مقداره خمسمائة ، ويبقى العقد مع ذلك عقد مقايضة . وقد اختلفت الآراء ، في هذا المورد ، فيما يخص عقد المقايضة بمعدل عن عقد البيع . فذهب رأى إلى وجوب الرجوع إلى إرادة المتعاقدين ، فإن أرادا المدا ببيعاً

(١) انظر المادة ٩٧ ، عراق وتنص على ما يأتي : « لكل من يريد أن يبيع المقايضة حكم البيع ، فمعتبر فيها ما شروطه . وإن وقعت منازعة في أمر التسليم لزم أن يسلم وينتلم كل من المتقايضين مائة . » ويذهب كل من المتقايضين بالتمام لأحد الطرفين المتقايضين . ولا يرد بالتمتع الذى قايض عليه .

(٢) أورى درو ، فقرة ١٦٠ ، وأورى ، فقرة ١٦١ ، وأورى ، فقرة ١٦٢ . وأورى ، فقرة ١٦٣ .

فهو يبرأ من قيمة الشيء الذي قرن به لتكبير قيمته ، فان كان المعدل أقل فالعقد مقايضة . وذهب رأى ثالث ، وهو الرأى الصحيح ، إلى أن العقد يكون مقايضة إلا إذا كان المعدل يزيد بكثير على قيمة الشيء الذي قرن به لتكبير قيمته بحيث يعتبر هذا الشيء هو المكمل للمعدل لا المعدل هو المكمل للشيء . ففى المثل أسألف الذكر إذا كانت الدار قيمتها ألفان والأرض قيمتها خمسمائة ، فبودلت الدار بالأرض ومعها ألب وخمسمائة ، كان العقد بيعاً لا مقايضة (١) .

٤٢٨ - تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذى نسمح به طبيعتها - نص قانونى - وتنص المادة ٤٨٥ من التقنين المدنى على ماأتى :
« تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذى قابض به ، ومشترياً للشيء الذى قابض عليه . » (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « هل أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو المنتصر الغالب ، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨) وانظر آنفاً قارة ١١ - وانظر نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ بمجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص ٨١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٧٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص ٥٠٧ وفقرة ٤٠٣ - بلانيول وريبير وريبلانجيه ٢ فقرة ٢٦١٨ - جورسان ٢ فقرة ١١٧٤ .
ومادة رأس مال بإيراد مدى الحياة تكون مقايضة (بلانيول وريبير وريبلانجيه ٢ ص ٨٠٧ هامش ١ - جورسان ٢ فقرة ١١٧٠) . ومبادلة نقد بنقد صرف فى الفقه الإسلامى . وقد يكون أحد الطرفين أو كلاهما مجموعاً من المال كتخارج الوارث على حصته فى الميراث فى مقابل متجر يطلبه إياه الوارث الآخر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص ٥٠٦) .
والأصل فى المدل أن يكون نفوه ، وقد يكون غير نفود (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٣ - م ٥٠١ لبنانى آنفاً فقرة ٤٢٦ فى الهامش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٢ من المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨ و ص ٢٤١) .

ويشيل إلى فى التقنين المدنى الوطنى السابق م ٣٦٠ : تتبع فى المعارضة القواعد المختصة بمشارطة البيع .

ويخلص من هذا النص أن المقايضة تسرى عليها في الأصل أحكام البيع ،
فيعتبر كل متقايبض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً له وقايض به ، ومشترياً للشيء
الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض هو عليه . غير أن طبيعة المقايضة -
ونرجع إلى أنه لا يوجد فيها مبيع ونمن بل مبيع ومبيع كما قدمنا - قد تقضى
ببعض مفارقات عن أحكام البيع . فنورد ما بين المقايضة والبيع من موافقات ،
وما بينهما من مفارقات .

١٩ - موافقات بين المقايضة والبيع

٤٢٩ - الأركان الثلاثة - تسرى أحكام البيع على النحو المتقدم
الذكر بالنسبة إلى أركان المقايضة وبالنسبة إلى الآثار التي تترتب عليها .

٤٣٠ - أركان المقايضة - المقايضة كالبيع عقد رضائي ، يتم بتوافق
الإيجاب والقبول (١) . ولا يشترط فيها شكل خاص ، ويثبت طبقاً للقواعد
العامة في الإثبات ، بقيمة أحد الشيئين المتقايبض فيهما إذ المفروض أنهما متساويان
في القيمة ، وإلا فكل التزام تقدر قيمته بقيمة الشيء محل هذا الالتزام . وأركان
المقايضة التراضي والمحل والسبب .

== ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني م ١٠٢ (مطابقة المادة
١٨٥ مصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٧٤ (مطابقة المادة ١٨٥ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٩٧ : ١ - لكل من البديلين في المقايضة حكم المبيع منتزح فيما
شروطه . وإن وقعت منازعة في أمر التسليم ، لزم أن يتم ويتسلم كل من المتقايبضين معاً .
٢ - ويعتبر كل من المتقايبضين بائعاً للشيء الذي قايض به ، ومشترياً للشيء الذي قايض عليه .
(والأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين الموحد والمقبول المبني م ١٠٢ : تطبيق قواعد البيع على كل ما تنسج به دمية ، إذا
اعتقد ، ومنصوصاً ما يتبادر إلى ذهن الإنسان من الاتفاق وبالعقود المدنية وبهذا تنسج على مثل
(والأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وكثيراً ما يفتقد إلى التوافق مع العقد بين مذهبنا وبين مذهب أعدائنا

وبشروط في التراضي أن يوجد، وأن ينصب على المقايضة لا مجرد وعد بها .
على أن الوعد بالمقايضة يجوز كما يجوز الوعد بالبيع ، ونسرى على الوعد
بالمقايضة الأحكام التي تسرى على الوعد بالبيع (١). ولا يكتفى وجرد للتراضي،
بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً . والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً
من ذي أهلية ، والأهلية في المقايضة هي نفس الأهلية في البيع . وحدود ولاية
ولي والوصي والقيم في المقايضة هي نفس حدودها في البيع ، وبداخل في ذلك
تعاقد الشخص مع نفسه . ولا يكون التراضي صحيحاً أيضاً إلا إذا كان خالياً
عن عيوب الرضاء : الغلط والتدليس (٢) والإكراه والاستغلال . وخيار الرؤية
في المقايضة ، كخيار الرؤية في البيع ، ينتهي إلى وجوب تعيين الشيء المتقايبض
عليه وعلم المتقايبض . وتدخل الأوصاف على المقايضة كما تدخل على البيع ،
فتجوز مثلاً المقايضة بشرط التجربة وبشرط المذاق ، ونسرى نفس الأحكام
التي تسرى على بيع التجربة وبيع المناق .

والركن الثاني للمقايضة هو الشيئان المتقايبض فيهما . وبشروط في كل منهما
ما يشترط في المبيع ، إذ أن كلا منهما في حكم المبيع كما قدمنا . فيجب أن يكون
شيء المتقايبض فيه موجوداً ، والشيء المتنازع فيه لا يجوز أن يتعامل فيه عمال
القضاء ولا المحامي بالمقايضة مع موكله على النحو الذي رأيناه في البيع (٣). ويجب
أن يكون الشيء المتقايبض فيه معيناً تعييناً كافياً ، وتجوز المقايضة في شيء
جزاف وفي شيء يعين بالتقدير كبلاً أو مقاساً أو وزناً أو عدداً ، فتجوز مقايضة
عشرة أرادب من القمح بعشرين أردباً من الذرة مثلاً . ويجوز تعيين الشيء
المتقايبض فيه عن طريق العينة كما يجوز تعيين المبيع ، وبصح أن يكون الشيء

(١) بودرى وسينا فترة ٩٩٧ ص ٩٨٨ .

(٢) وقد قست محكمة النقض بأن استحالة رد الأبطال المتبادل عليها بسبب نزع ملكيتها من
يد المتبادل الذي يتمسك بطلان المتبادلة ليست في حد ذاتها مانعاً من قبول دعوى البطلان ، أما
إذا كانت الاستحالة ناشئة عن تصرف من طالب البطلان ينهض دليلاً على إجازة المتبادل للمقد
المشوب بالتدليس فتنته لا تقبل منه دعوى البطلان (نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٠٣٣ الهامة

١٣ دقم ٤/١٠١٨ ص ١٢١٣) .

(٣) انظر آنفاً فترة ١١٣ .

المقايضة فيه حصة شائعة كما يصح ذلك في المبيع . ويجب أن يكون الشيء المقايضة فيه صالحاً للتعامل فيه ، وبخاصة يجب أن يكون مشروعاً . ويجب تحريماً أن يكون الشيء المقايضة فيه مملوكاً للمقايضة ، والمقايضة بملك الغير كبيع ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة المقايضة الآخر . كذلك المقايضة في مرض الموت ، كالبيع في مرض الموت ، ويفرض فيها أنها تستر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية . وحكم مقايضة الوارث بمال الشركة قبل سداد الدين هو حكم نصرته بالبيع ، وكذلك يسرى حكم البيع في المقايضة بالمال المحجوز عليه وفي مقايضة المعسر بماله . والركن الثالث في المقايضة هو السبب ، ونسرى فيه الأحكام العامة المقررة في نظرية السبب .

٣١ - الآثار التي تترتب على المقايضة - والآثار التي تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع لأمه حيث التزامات المشتري . فيلتزم كل من المتقايضين بنقل ملكية الشيء الذي يقايض به إلى الطرف الآخر ، كما يلتزم بتسليمه لياه وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

وتنتقل ملكية الشيء المقايض فيه من مالكة إلى المقايض الآخر بمجرد تمام المقايضة في المنقول المعين بالذات ، وبالإفراز فيما عين بنوعه ، وبالتسجيل في العقار (١) . ويترتب على انتقال الملكية في المقايضة ما يترتب على انتقال

(١) ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع في المقايضة كما يجوز ذلك في البيع ، وتسرى نفس القواعد .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المورث قد تصرف في أطيان له الغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف في ذات الأطيان بالبائع لأحد أولاده بمقتضى بيع مسجل ، فأقام هذا الأخير دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إل هذا القدر ، فقضى برفض دعواه اتباعاً لما هو مقرر في التشريع الفرعي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بنير تحفظ ، فإن الحكم يكون قد نافذ القانون (نقض مسددي ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٠٨ ص ٩٦٠) .

ونقضت محكمة الاستئناف الزناطة بأنه قد المقايضة غير المسجل يلتزم كل مقايض بالأعمال اللازمة بالنقل بحيل كإتيان البيع (الاستئناف سخطات ١٢ يناير سنة ١٩٢١ م ٤٤ ص ١١٠) .

الملكية في البيع . ويجوز أن تكون المقايضة سبباً صحيحاً في تملك العقار بالتقادم القصير (١) وفي تملك المنقول بالحيازة .

ويلتزم كل متبايض بتسليم الشيء الذي قابض به إلى المتقايض الآخر في الحالة التي عليها وقت المقايضة . وحكم المعجز والزيادة في مقدار الشيء المتقايض فيه هو نفس حكم المعجز والزيادة في مقدار البيع (٢) . والطريقة التي يتم بها التسليم ، وزمان التسليم ومكانه ونفقاته ، وجزاء الإخلال بهذا الالتزام (٣) ، كل ذلك تسرى عليه الأحكام التي تسرى على الالتزام بالتسليم في البيع . ويتحمل كل متبايض نعمة هلاك الشيء الذي قابض به إذا وقع الهلاك قبل التسليم ، بالتفصيلات التي قررناها في البيع .

ويلتزم كل متبايض بضمان التعرض والاستحقاق في الشيء الذي قابض به على النحو الذي رأيناه في البيع (٤) . ولكل منهما حبس الشيء الذي قابض به

= وقفت أيضاً بأنه لا يمتنع بالمقايضة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية كما لا يمتنع بأي تصرف آخر (استئناف مخطئ ٣١ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٠٦) ، فإذا كانت المقايضة بعد حل المقايض محل الدائن المرتهن الذي دفع له المدل (نفس الحكم السابق) .

(١) استئناف مخطئ ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٦٠ ص ٩٥ .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٩٨٠ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٦٣ .

(٣) وقد قُضت بحكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز فسخ المقايضة إذا لم يعلم المتقايض ما قابض به إلى المتقايض الآخر (استئناف وطني ٢٢ فبراير سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٧ ص ١٢٩ - ومع ذلك قارن استئناف وطني ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/٦٦ ص ١٨٤) . وقُضت بحكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يوف أحد المتقايضين بما قابض به ، فللاخر الفسخ والمطالبة بتعويض يقابل النعمة التي حصلت للمتقايض المحكوم عليه بالفسخ ولو كان هذا الأخير حسن النية (استئناف مصر ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١ رقم ٥٢١ ص ١٠٤٨) . وانظر في استحقاق التعويض للتأخر في تسليم الأرض المتقايض عليها بعد الإعذار (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦) .

(٤) نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢ - ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧ - استئناف وطني ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٤ ص ٥٠ - وفي انطباق قواعد فسخ البيع على فسخ المقايضة =

أو فسخ المفاوضة إذا استحق الشيء الذى قابض عليه أو ظهر فيه عيب يوجب الضمان (١) .

= أنظر : استئناف مختلط : يونيو سنة ١٩١١ م ٢٧ ص ١١٢ : ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٨ .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ . وقد كان المشروع التمهيدى التقنين المدنى الجديد يتضمن نصين في هذا المقصد هما مجرد تطبيق لقواعد العامة ، فحذفنا في لجنة المراجعة . فكانت المادة ٦٥٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه : إذا نسل أحد المتقايضين الشيء الذى قابض عليه ، ثم أثبت بعد ذلك أن الطرف الآخر لا يملك هذا الشيء ، فلا يجوز أن يجبر على تسليم الشيء الذى قابض به ، وليس عليه إلا أن يرد ما تسلمه . وكانت المادة ٦٥٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه : إذا استحق الشيء المقايض عليه في يد المقايض ، أو رد بموجب ، جاز للمقايض أن يسترد الشيء الذى قابض به أو أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض به أو أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض عليه وقت الاستحقاق أو وقت المفاوضة خالياً من العيب ، وله في الحالتين أن يطالب بتعويض إذا كان هناك وجه لذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٣٥ - ص ٢٣٧ في الهامش) وتنص المادة ٩٨٨ من التقنين المدنى الراق على أنه : إذا استحق الشيء الذى تسلمه المقايض أو رد بموجب ، جاز لهذا المقايض إما أن يسترد الشيء الذى قابض به ، وإما أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض عليه وقت الاستحقاق أو تبته وقت المفاوضة خالياً من العيب . وله في الحالتين أن يطالب بتعويض ، إذا كان هناك وجه لذلك .

وكانت المادة ٣٥٨ من التقنين المدنى الرضى السابق تنص على أنه : إذا كان أحد المتعارضين استلم العوض قبل تسليم العوض الآخر ، ثم أثبت أن ما استلمه لم يكن ملكاً للمعاقد معه ، فلا يجوز إجباره على تسليم ما تعهد بإعطائه بدل ما أخذه ، وإنما يجبر على رد ما استلمه فقط . ثم أوردت المادة ٣٥٩ من التقنين المدنى السابق نصاً يشتمل على حكم يتعارض مع القواعد العامة ، فنفست بأنه : إذا كان أحد المتعارضين استلم عوض ما أعطاه ، ثم ظهر أنه ليس ملكاً للمعاقد وانزع منه مالكة الحقيق ، فيكون المتسلم المذكور مخيراً بين طلب تضمينات وبين طلب رد عين ما أخذه منه ولو كان تحت يد غير المتعاقد معه إذا كان معقاراً إلا إذا مضت في هذه الحالة خمس سنين من يوم عقد مشاركة المعاوضة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى هذا المقصد : « وهذا حكم غير مفرم ، إلا إذا قيل إن الأجنبى قد ملك العقار بالتقادم القصير . على أن هذا التعليل لا يصح في كل الأحوال ، فقد يكون الأجنبى سبباً التبة ، وقد تكون مدة حيازته للمعار أقل من خمس سنوات ويكفى لتحقيق ذلك ألا تتنقل إليه حيازة العقار إلا بعد عقد المفاوضة كما هو الغالب . وقد حذف المشروع هذا الحكم الغريب » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٣٩) . وقد قضت محكمة النقض بأن مدة الخمس سنوات المذكورة في الشق الأخير من المادة ٣٥٩ مدنى ليست من مدد التقادم يعين المتقايض بمرورها ذا حق مكتسب ، بل هي من مدد السقوط يسقط بانقضاءها حق المتقايض الذى استحق منه القبض في ربح دعوى =

٢٥ - المفارقات بين المقايضة والبيع

٤٣٢ - صبراً عام : يمكن القول بوجه عام إن أحكام البيع المتعلقة بالثمن أو بالتزامات المشتري الراجعة إلى الثمن لا تسرى في عقد المقايضة ، لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المقايضة . فالمقايضة ليس فيها ثمن كما قدمنا ، فأحكام بيع المتعلقة بالثمن ليس لها محل في عقد المقايضة ولا تسرى في هذا العقد بداهة . فاذا دخل عنصر النقد في المقايضة - ويتحقق ذلك في المقايضة بمعدل من النقود - سرت أحكام الثمن على هذا المعدل وحده بالمقدار الذي لا يتعارض مع عقد المقايضة (١) ، فيثبت مثلاً حق امتياز للمتقاضين الدائن بالمعدل على الشيء الذي قابض به (٢) . والتزام المشتري الذي لا يتعلق بالثمن ، وهو التزامه بتسلم المبيع ، تسرى أحكامه في عقد المقايضة كما تسرى في عقد البيع .

٤٣٣ - تطبيقات لهذا المبدأ العام - نص قانوني : ومن أهم تطبيقات هذا المبدأ أن الأحكام التي تتعلق بوجود أن يكون الثمن نقوداً

= استرداد القبض الذي أعطاه (نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ١٢٢ - وانظر أيضاً في صدد هذا النص : نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٠ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المأماة ٧ رقم ٩ ص ١٥ - محكمة قنا استئناف ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٨٧ ص ٢١٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وسام زكي فقرة ٦٣٤ - فقرة ٦٣٥) .

والعبارة بوقت تمام المقايضة ، فإن كانت قد تمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فنص التقنين المدني السابق هو الذي يسرى فيما بين الوطنيين دون الأجانب ، وإلا فالتقنين المدني الجديد هو الذي يسرى .

(١) فيجوز للمقايض الذي له حق في المعدل أن يجبر المقايض الآخر على دفع المعدل مع التمويض فإن كان له مقتضى ، ويجوز لدائنه أن يستحل حقه هذا (استئناف مخطط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٨٨) . وإذا كان المعدل في المقايضة ضريبة متأخرة ثم تنازلت عنها الحكومة ، المقايض الذي كان مستولاً عن هذه الضريبة وحولها على المقايض الآخر له حق الرجوع بقيمتها حل هذا المقايض الآخر (استئناف مخطط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٥) .

(٢) أما في غير المعدل فلا امتياز للمقايض على الدين التي أعطاه (نقض ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١) .

وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير وأن يكون جدياً ، وما يتصل ببخس الثمن من أحكام الغبن الفاحش (١) في البيع ، كل هذه الأحكام لا محل لتطبيقها في عقد المفاضة .

كذلك الأحكام المتعلقة بالتزامات المشتري فيما يرجع منها إلى الثمن ، كاللزام الوفاء بالثمن ودفع الفوائد وزمان دفع الثمن ومكانه ، كل هذه الأحكام لا محل لسريانها في عقد المفاضة . إلا أن الأحكام المتعلقة بتملك المشتري ثمر المبيع ونمائه وتحمل نفقاته ، وحبس المشتري للثمن (وبقائه الشيء المفاض به) حتى يستوفى المبيع غير مهدد بتعرض أو استحقال وغير معيب ، وحبس البائع للمبيع حتى يستوفى الثمن (وبقائه الشيء المفاض عليه) ، وفسخ العقد لعدم الوفاء بالثمن (وبقائه الشيء المفاض عليه) أو لعدم تسليم المبيع أو لعدم نقل ملكيته ، كل هذه الأحكام - ب - في عقد المفاضة كما تسرى في عقد البيع (٢) .

ومما يترتب على أن المفاضة لا يوجد فيها ثمن ما يأتي : (١) لا يتصور في المفاضة دفع عربون ، إلا فيما يتعلق بعربو ، يدفع خارجاً عن البدلين وهذا لا يقع عادة . (٢) لا يقع عادة في المفاضة صورة تقابل البيع بالتسيط أو تقابل لإيجار السائر للمبيع . (٣) لا يقع عادة في المفاضة صورة تقابل بيع الوفاء (٣) .

(١) أنظر في الغبن الفاحش آنفاً فقرة ٢٢١ ، حتى لو كانت المفاضة بمعدل (بودرى وصينيا فقرة ٩٩٥) ، إذ المعدل لا يحول المفاضة بيعاً (أوبرى ورو • فقرة ٣٦٠ ص ١٨٥) - قارن الأستاذ منصور مصطلح منصور (ص ٣١٠) ويذهب إلى أن هذه حكم الغبن الفاحش تنوهر في المفاضة ، وإلى أن قيمة المفاضة لا تتعارض مع إعمال هذا الحكم ، فقد قدر قيمة العقار الذي قابض عليه القاصر وتنسب إلى قيمة العقار الذي قابض به . وغنى من البيان أننا لو أعلننا حكم الغبن الفاحش في المفاضة ، لانقض الأمر تقدير عقارين ، لا تقدير قيمة عقار واحد كما في البيع ، ولكن هذه المسألة قد يمد لها استحقال حاية القاصر في المفاضة كما استكثت في البيع .

(٢) ويجوز فسخ المفاضة لعدم دفع المعدل ، كما يجوز فسخ البيع لعدم دفع الثمن . فالعدل إذن ، كالثمن ، مضمون بمجر الفسخ وحق الامتناع ، وهذا غير التنفيذ البنى (أوبرى ورو • فقرة ٣٦٠ ص ١٨٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٤ - الأستاذ محمد كامل مرس فقرة ٢٦٣) .

(٣) قارن مع ذلك أنسيكلوبيدى دالوز ٢ لفظ exchange فقرة ١٥ - وقارن أيضاً الأستاذ منصور مصطلح منصور (فقرة ١٢٦ ص ٢٠٩) ، ويذهب إلى أن الحكم بالامتناع = (م • م • - التوسيط ٤٥) .

(٤) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع مع حق التقرير بالشراء من الغير .
 (٥) لا تسرى في المقايضة الأحكام المتعلقة باسترداد الحق المتنازع فيه (١) ،
 ولا أحكام العجز في المقدار (٢) . (٦) لا يوجد حق امتياز لأى حق المتقايضين
 على الشيء الذى قابض به ، لأن حق الامتياز إنما قرره القانون لضمان الثمن .
 ولكن إذا وجد في المقايضة معدل ، كان منسبواً بحق امتياز كما سبق القول .
 (٧) لا شفعة في المقايضة (٣) .

ومما يترتب على أنه كما يعتبر كل من المتقايضين بائعاً لما قابض به يعتبر كذلك
 كل منهما مشترياً لما قابض عليه ، ما نصت عليه المادة ٤٨٤ مدنى من أن
 « مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان
 مناصفة » ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك (١) . والأصل في عقد البيع
 أن مصروفات البيع يتحملها المشتري كما قدمنا ، فاذا أردنا تطبيق هذا الحكم
 على المقايضة وجب اعتبار كل من المتقايضين مشترياً لما قابض عليه ، ووجب

= بطلان بيع الوفاء لا يبرى على المقايضة لانقضاء علة البطلان ، فإذا اشترط في العقد احتفاظ أحد
 المتقايضين بحقه في استرداد ما قابض به إذا هو رد ما قابض عليه في مدة معينة كان العقد صحيحاً
 (١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٥ .

(٢) استئناف مخطوط ١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٦٩ .

(٣) إلا إذا أخفى البيع تحت إمتار المقايضة (استئناف مخطوط ١٩ فبراير سنة ١٩١٨
 م ٣٠ ص ٢٢٧) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
 لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١١ من المشروع النهائى .
 ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية :
 ص ٢٣٥ — ٢٣٧) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .
 وبغالب في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م ٤٥٢ (مطابقة للمادة
 ١٨٤ مصرى)

التقنين المدنى الليبى م ٧٣ : (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٦٠٠ (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصرى) .

نسخ المرسلات والمقود البنىانى م ٥٠٢ : تقدم حتماً معاريف العقد ونفقاته القانونية بين
 متقايضين : ما لم يكن هناك اتفاق آخر بينهما . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

تبعاً لذلك تقسيم هذه المصروفات مناصفة بينهما (١) . وبوجه خاص وجب تقسيم رسوم التسجيل (٢) بينهما مناصفة ، دون اعتداد بما حصى أن يوجد من فرق في القيمة بين البديلين . وهذا كله ما لم يوجد اتفاق (٣) أو عرف يقضى بغيره (٤) .

(١) وذلك دون اعتداد بما قد يكون في المقايضة من سبيل ، فنفقات المعدل تضم إلى مجموع النفقات ويكون المجموع مناصفة بين المتقايضين . ويذهب أوربي ورو إلى جعل نفقات المعدل على الملتزم به (أوربي ورو ٥ فترة ٣٦٠ هاش ١٦) .

(٢) وهي أقل في المقايضة منها في البيع (وكانت من قبل ٢ ٪ ثم ارتفعت إلى ٣ ٪) . وإذا تفاوتت البدلان في القيمة ، كان المقار الأكبر قيمة هو المتبرر بتقدير رسوم التسجيل (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥) . وإذا كانت المقايضة حقيقتها بيع . كأن اشترى شخص مزرعة ببلغ ١٠٠ ٠٠٠ دفع منه نقداً ٩٤٠٠٠ ومزلاً بقيت ٦٠٠٠ ، فهناك أحكام قضت بوجوب دفع رسوم التسجيل على كل من المزرعة والمنزل فكلاهما مبيع (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٥ — ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٠١) . وهناك أحكام أخرى ، وفيها حكم الدوائر المختصة لهكدة الاستئناف المختلطة ، قضت بجعل الرسوم على أهل المقارين قيمة مهما كان مقدار المعدل (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦٣ — محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المختصة ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٧ — استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٩) .

(٣) ويعتبر الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضين كل المصروفات من قبيل الاتفاق على أنه لا (بلانيول وريير وهامل ١٠ غمرة ٤٠٣) .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ونجمل المادة ٦٥٥ (من المشروع التمهيد) مصروفات عقد المقايضة مناصفة بين المتقايضين ، وهذا طبيعي لأن كلا منهما يتبرع شترهما للمقايضة عليه . ويميز الاتفاق على غير ذلك ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٩) .

فهرس

لنعمود الكنب

صفحة

نعمود

المعمود المساء ونسبائها المختلفة

١ المعمود المساء
١٠ التقسيمات المختلفة للمعمود المساء
١٤ المعمود التي ترد على الملكية

الباب الأول

عقد البيع

معمود

١٩ التعريف بالبيع
٢٣ البيع نقل الملكية
٢٣ خصائص عقد البيع - اشتباهه بمعمود أخرى
٢٤ أهمية عقد البيع وكيف حل محل المقايضة
٣٥ تنظيم عقد البيع في التقنين المدني السابق
٣٧ تنظيم عقد البيع في التقنين المدني الجديد
٣٩ خطة البحث

الفصل الأول - أحكام البيع

٤٠ الفرع الأول - التراضي في عقد البيع
٤١ البحث الأول - شروط الانعقاد

صفحة

المطلب الأول — التباع أصالة.....	١١
§ ١ — تطابق الإيجاب والقبول :	١٢
العناصر التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول	١٢
صور عملية للإيجاب	١٧
شكل عقد البيع	٥٠
إثبات عقد البيع	٥٣
تفسير عقد البيع	٥٣
§ ٢ — الوعد بالبيع والتبع الابتدائي والبيع بالعربون :	٥٥
الوعد بالبيع :	٥٥
الوعد بالبيع من جانب واحد	٥٦
الوعد بالشراء من جانب واحد	٧١
الوعد بالبيع والشراء	٧٥
البيع الابتدائي :	٨٠
الآثار التي تترتب على البيع الابتدائي	٨٢
مصدر البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي	٨٤
البيع بالعربون :	٨٦
أحكام البيع بالعربون.....	٨٦
التكليف القانوني للعربون	٩٠
المطلب الثاني — التباع بطريق النيابة	٩٣
§ ١ — التباع عن طريق ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن النائب أو	٩٥
حارس قضائي :	٩٥
ولاية الولي في البيع والشراء	٩٥
ولاية الوصي والقيم والوكيل عن النائب في البيع والشراء	٩٧
ولاية الحارس القضائي في البيع والشراء	٩٨
§ ٢ — بين النائب لنفسه :	٩٨
القاعدة العامة	٩٨
تطبيقات خاصة	٩٩
المبحث الثاني — شروط الصحة	١٠٨
المطلب الأول — الأهلية في عقد البيع	١٠٨
تمييز الأهلية عما يلتبس بها من النظم	١٠٨
أهلية التصرف راجعة في كل من البائع والمشتري	١٠٩
مق يمكن التمييز في أهلية البيع والشراء	١١٠
المطلب الثاني — بموجب الرضا في عقد البيع	١١٢
تطبيق القواعد العامة	١١٢

صفحة

علم المشتري بالمبيع	١١٤
خيار أرزوية في الفقه الحنفى	١١٧
خيار الرزوية في المذاهب الأخرى و الفقه الإسلامى ..	١٢٠
خيار أرزوية في التفنين المدنى المصرى	١٢٣
المبحث الثالث - بعض البيوع الموصوفة	١٢٦
§ ١ - البيع بشرط التجربة :	١٢٨
كيف يعلق البيع على شرط التجربة	١٣٠
كيف تكون التجربة والوقت الذى تم فيه	١٣١
التجربة شرط واقف	١٣٤
التجربة شرط فاسخ	١٣٦
§ ٢ - البيع بشرط المذاق :	١٣٧
كيف يعلق البيع على شرط المذاق	١٣٩
كيف يتم المذاق	١٤٠
التكييف القانونى لبيع بالمذاق	١٤١
الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة	١٤٢
§ ٣ - بيع الوفاء :	١٤٣
أ) بيع الوفاء فى عهد التفنين المدنى السابق	١٤٨
ب) بيع الوفاء فى عهد التفنين المدنى الجديد :	١٦٣
بيع الوفاء باطل	١٦٣
ما الذى يترتب على بطلان بيع الوفاء	١٦٥
تمييز منطقة بيع الوفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ	١٦٧
ليس لتفنين الجديد أثر دعى	١٦٩
§ ٤ - البيع بالتفريط أو الإيجار السائر لبيع :	١٦٠
تضيقات عملية	١٧٢
البيع بالتفريط	١٧٣
الإيجار السائر لبيع	١٧٧
الإيجار المقترون بوجه بالبيع	١٨٠
§ ٥ - البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير :	١٨٢
الصور العملية لهذا البيع	١٨٢
حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير	١٨٤
كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير	١٨٤
حكم البيع بعد التقرير بالشراء عن الغير	١٨٦
صورة خاصة - تقرير الراى عليه المزايا لشراء من الغير	١٨٩
الفرع الثانى - المحل فى عقد البيع	١٩٠

صفحة

المبحث ادر - المبيع	١٩١
المطلب الأول وجود المبيع	١٩١
١ - بيع الحقوق المتنازع فيها :	١٩٤
أ) بيع الحقوق المتنازع فيها لتغير حال القضاء :	١٩٤
من يجوز استرداد الحق المتنازع فيه	١٠٧
كيف يكون الاسترداد	٢٠١
الآثار التي تترتب على الاسترداد	٢٠٤
الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها الاسترداد	٢٠٧
ب) بيع الحقوق المتنازع فيها لتمام القضاء :	٢١١
البيع لتمام القضاء وحق الاسترداد	٢١٢
المشتركون للحقوق المتنازع فيها	٢١٥
جزاء المخطر	٢١٧
تعالل المأوى في الحق المتنازع فيه	٢١٨
٢ - بيع السلم :	
السلم في الفقه الإسلامي	٢٢٠
السلم في القانون المصري	٢٢٣
المطلب الثاني - تعيين المبيع	٢٢٥
١ - البيع بالتقدير والبيع بالجزاف :	٢٢٦
كيف يكون البيع بالتقدير	٢٢٦
كيف يكون البيع بالجزاف	٢٢٧
أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث	
انتقال الملكية	٢٣٠
أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث تحمل	
ثبوت الهلاك	٢٣٢
لا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث إنشاء	
الالتزامات الشخصية	٢٣٣
٢ - البيع بالعينة :	٢٣٤
لعينة طريق لتعيين المبيع	٢٣٥
وجوب مطابقة المبيع للعينة	٢٣٦
جزاء عدم مطابقة المبيع للعينة	٢٣٧
إثبات العينة	٢٣٩
٣ - بيع التركة	٢٤٠
أ) بيع الإرث حصته في التركة لأجنبي غير وارث :	٢٤٢
حكم هذا البيع فيما بين الطرفين	٢٤٢

صفحة

٢٥٢	حكم هذا البيع بالنسبة إلى الغير
٢٥٧	ب) بيع الوارث حصت في التركة لوارث آخر :
٢٥٧	التمييز بين حالتين
٢٥٩	أحكام مشتركة في الخارج
٢٦٠	الفرق بين الخارج كملح والخارج كفسمة
٢٦١	المطلب الثالث - صلاحية المبيع للتعامل فيه
٢٦٢	§ ١ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشيء
٢٦٤	§ ١ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية :
٢٦٤	تطبيقات مختلفة
	بيع الشركة المستقبلية وبيع الحقوق المتنازع فيها لصالح
٢٦٥	القضاء - إحالة
٢٦٥	بيع الملاء
٢٦٨	المطلب الرابع - ملكية البائع لشيء المبيع
٢٦٩	§ ١ - بيع ملك الغير :
٢٧١	تحديد منطقة بيع ملك الغير
٢٧٦	١) تأصيل البطلان في بيع ملك الغير :
٢٧٦	النظرية التقليدية
٢٧٩	رأى يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل
٢٨٠	رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير عقد موقوف ...
	الرأى الذى نفى عنه - بيع ملك الغير قابل للإبطال
٢٨٢	بموجب نص خاص في القانون أنشأ البطلان
٢٨٥	بيع عقار الغير قابل للإبطال بعد التسجيل وقبله
٢٨٨	ب) أحكام بيع ملك الغير :
٢٨٨	فيما بين المتعاقدين :
٢٨٨	المشتري وحده هو الذى يجوز له إبطال البيع
٢٩١	والمشتري أن يطلب الترميض
٢٩٣	والمشتري أن يجزى البيع
	ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بأبطلولة ملكية المبيع
٢٩٤	إلى البائع
٢٩٦	بالنسبة إلى المالك الحقيقي :
٢٩٦	إذا لم يقر المالك الحقيقي لبيع
٢٩٧	إذا أقر المالك الحقيقي البيع
٢٩٩	§ ٢ - بيع المال الشائع :
	١) بيع الشريك جزءاً مفروضاً من المال الشائع لكل
٣٠٠	المال الشائع :

سم نسر

صفحة

٣٠٠	بيع الشريك جزءاً مفزراً من المال الشائع
٣٠٣	بيع الشريك كل المال الشائع
٣٠٤	أثر البيع في حقوق باقي الشركاء
٣٠٥	ب (بيع التصفية :
٣٠٥	متى يكون بيع التصفية :
٣٠٧	إجراءات بيع التصفية
٣٠٨	الآثار التي تنبئ على بيع التصفية
٣٠٩	§ ٣ — بيع المريض مرض الموت :
٣١٣	١ (ما هو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض :
٣١٣	ما هو مرض الموت
٣١٤	المريض يقعد المريض عن قضاء مصالحه
٣١٥	ويقلب في المرض خوف الموت
٣١٧	وينتهي المرض بالموت فعلاً
	الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تعطلهم في حكم
٣٢٠	المريض مرض الموت
٣٢١	✓ إثبات مرض الموت
٣٢٣	سبب تقييد التصرف في مرض الموت
٣٢٦	الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت
٣٢٨	ب (أحكام البيع و مرض الموت :
٣٢٩	البيع بما لا يقل عن القيمة
٣٣٠	البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة
٣٣١	البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة
٣٣٣	التصرف بغير إذن أصلاً
٣٣٤	حماية الغير حسن النية
٣٣٥	§ ٤ — بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد الديون
٣٣٥	مريان مبادئ الفقه الإسلامي
٣٣٩	انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي ...
	تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الدين
٣٤٠	في الفقه الإسلامي
٣٤٥	انتقال التركة إلى الورثة في التقنين الجديد
	تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة التي لم تخضع
٣٤٦	لنظام التصفية
	تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة التي خصصت
٣٥٠	لنظام التصفية

صفحة:

§ ٥ - بيع المحرز عليه والمسر :

- ٢٥٢ بيع المحرز عليه
- ٢٥٦ بيع المسر
- ٢٥٧ § ١ - بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي : ...
- ٢٥٨ عدم جواز نكاح أكثر من مائة فدان
- ٢٥٩ التملك بالمرثاة والتوصية والتقديم
- ٢٦٠ نكاح بالعمق
- ٢٦١ التملك بالشفعة
- ٢٦٢ الحد من تجزئة الأراضي الزراعية
- ٢٦٤ البحث الثاني - الثمن
- ٢٦٤ المطلب الأول - يجب أن يكون الثمن نقداً
- ٢٦٤ تمييز البيع عن المقايضة بالثمن النقدي
- ٢٦٦ يصح أن يكون ثمن إيراداً مزيداً أو مدى الحياة ...
- ٢٦٧ المطلب الثاني - يجب أن الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير
- تقدير الثمن أو قابلية التقدير يجب أن يكون باتفاق
- ٢٦٩ بين المتعاقدين
- ٢٧١ وقابلية الثمن للتقدير . الأسس التي يقوم عليها التقدير
- أساس التقدير الثمن الذي اشترى به البائع : المراجعة
- ٢٧١ والتولية والإدراك والوضيعة
- ٢٧٥ أساس التقدير سعر السوق
- أساس التقدير السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي
- ٢٧٦ جرى عليه التعامل بين المتبايعين
- ٢٧٨ ترك التقدير لأجنبي يتفرع عليه المتبايعان
- ٢٨٢ ترك المتبايعين ثمن غير مقدّر وغير قابل للتقدير ...
- ٢٨٣ المطلب الثالث - يجب أن يكون الثمن جديداً
- ٢٨٣ التمييز بين الثمن الجدي والثمن البعس
- ٢٨٤ § ١ - الثمن الجلي :
- ٢٨٤ الثمن الصوري
- ٢٨٥ الثمن التافه
- ٢٨٧ § ٢ - الثمن البعس (دعوى الذبح الفاحش)
- ٢٩٠ (١) الشروط الواجب توافرها لتحقق الثمن الفاحش :
- ٢٩١ الشرط الأول - صاحب الدين المبيعة غير كامل الأهلية

صفحة

٣٩٢	الشرط الثانى - العين المبيعة عقار
	الشرط الثالث - لا يكون البيع فى مزاد على تم وفقاً
٣٩٣	لأحكام القانون
	الشرط الرابع - الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع وقت
٣٩٧	البيع بأكثر من الخمس
٣٩٨	ب (ما يترتب من الأثر على تحقيق العين الفاحش :
٣٩٨	دعوى تكللة الثمن
٤٠١	دعوى الفسخ

الفصل الثانى - الإبراء الذى يترتب على البيع

٤٠٥	الفرع الأول - التزامات البائع
٤٠٥	المبحث الأول - نقل ملكية المبيع
٤٠٦	١ - الأول - نقل الملكية بوجه عام
٤٠٧	§ ١ - التطور التاريخى للبيع كمقد ناقل للملكية :
٤٠٧	البيع فى القانون الرومانى
٤٠٨	البيع فى القانون الفرنسى القديم
٤٠٩	البيع فى الفقه الإسلامى
٤١٠	البيع فى القانون الحديث
٤١١	§ ٢ - تحليل معنى نقل الملكية :
٤١١	الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلاً
٤١٢	الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون
٤١٣	التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية
٤١٧	الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشتري
٤٢٠	البيع بالتسليم مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن - إحالة
	§ ٣ - ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما الذى يترتب على
٤٢١	انتقالها فعلاً :
٤٢١	ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية
٤٢٣	ما الذى يترتب على انتقال الملكية فعلاً للمشتري
٤٢٥	المطلب الثانى - نقل الملكية فى المنقول
٤٢٥	§ ١ - الشئ العين بذاته :
٤٢٥	انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد

صفحة

انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين	٤٣٦
انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير	٤٣٦
انتقال الملكية في البيع الجراف - إحالة	٤٣٧
§ ٢ - الشيء معين بنوعه :	٤٣٨
انتقال الملكية بالإفراز	٤٣٨
كيف تنتقل الملكية بالإفراز - إحالة	٤٣٩
الحكم فيما إذا امتنع البائع من الإفراز - إحالة	٤٣٩
نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري	٤٣٩
المطلب الثالث - نقل الملكية في العقار	٤٣٣
لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل	٤٣٤
§ ١ - تطور نظام الشهر العقاري في مصر :	٤٣٤
نظام الشهر بوجه عام	٤٣٣
مهود أربعة في مصر :	٤٣٩
المرحلة الأولى - العهد السابق على التقنين المدف القديم	٤٤٠
المرحلة الثانية - نظام الشهر في التقنين المدف السابق	٤٤٢
المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل	
الصادر في سنة ١٩٢٣	٤٥٠
المرحلة الرابعة - نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر	
العقارى	٤٦٠
§ ٢ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة :	٤٧٣
أولاً - عهد التقنين المدف السابق :	٤٧٤
انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لا حاجة فيه إلى	
التسجيل - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري	
من الوارث	٤٧٤
انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل	٤٧٦
ثانياً - عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري :	٤٨١
١) حكم البيع قبل أن يسجل :	٤٨١
البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا	
فيما بين المتعاقدين - التنازع بين المشتري من المورث	
والمشتري من الوارث	٤٨١
ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيعاً فينتج آثاره عدا	
نقل الملكية بالفعل	٤٨٥

صفحة

البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب المالك ينقل الملكية - كيف ينقل هذا الالتزام	١٨٧
دعوى صحة التعاقد	١٨٨
دعوى صحة التوقيع	١٩٧
البيع غير المسجل ينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب المشتري	٢٠٢
البيع غير المسجل ترتب عليه آثاره بوجهه يخاصاً ...	٢٠٥
ب (حكم البيع بعد أن يسجل :	٢٠٨
البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يرتبها البيع غير المسجل	٢٠٨
ويزيد البيع المسجل بأن ينقل الملكية فعلاً فيما بين المتعاقدين بالنسبة إلى الغير	٢٠٩
أولاً - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل لتسجيل أثر رجعي :	٢١١
الرأي الذي استقر عليه للفقه والقضاء - ليس لتسجيل أثر رجعي	٢١٢
الرأي المعارض - لتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين القول بالأثر الرجعي أكثر استنفاذاً من ناحية الصناعة القانونية	٢١٩
الفرق بالأثر الرجعي هو وحده القول الحق	٢٢٤
القول بالأثر الرجعي هو الذي يوفق مع القواعد العامة القول بالأثر الرجعي لا يتعارض مع نصوص القانون	٢٢٤
ثانياً - نقل الملكية بالنسبة إلى الغير - هل يشترط حسن النية في المشتري الذي سجل عقده أولاً	٢٣٦
شرط حسن النية في عهد التفتين المدعى السابق - إحالة شرط حسن النية في عهد قانون التسجيل	٢٣٩
شرط حسن النية في قانون تنظيم الشهر العقاري	٢٤٤
المبحث الثاني - تسليم المبيع	٢٥٦
المطلب الأول - محل التسليم	٢٥٨
§ ١ - حالة المبيع :	٢٥٩
كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع	٢٦٠
تغير - حالة المبيع	٢٦٢
وجود اتفاق خاص على حالة المبيع	٢٦٥

صفحة

٥٦٦	٢ § — مقدار المبيع :
٥٧١	حالة نقص المبيع
٥٧٣	حالة زيادة المبيع
٥٧٤	تقديم الدعاوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته
٥٧٨	٣ § — ملحقات المبيع :
٥٨٠	تحديد معنى ملحقات المبيع
٥٨٢	تطبيقات مختلفة في ملحقات المبيع
٥٨٦	المطلب الثاني — كيف يتم التسليم
٥٨٩	١ § — طريقة التسليم :
٥٨٩	التسليم الفعلي
٥٩٠	تطبيقات في تسليم الفعلي
٥٩٣	التسليم الحكيم
٥٩٥	٢ § — زمان التسليم ومكانه
٥٩٥	زمان التسليم
٥٩٧	مكان التسليم
٥٩٩	زمان تسليم المبيع المصدر ومكانه
٦٠١	٣ § — نفقات التسليم
٦٠١	نفقات تسليم المبيع على البائع
٦٠٢	نفقات تسليم المبيع على المشتري — إحالة
		المطلب الثالث — الجزاء على الإخلال بالتزام تسليم — تبعة هلاك المبيع أو تلفه
٦٠٣	قبل التسليم
٦٠٣	التفويض العيني أو الفسخ مع التمريض في الحالتين
٦٠٦	١ § — تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم :
٦٠٨	تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم مترتب على التزامه بالتسليم
٦١٠	هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم
٦١١	هلاك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائي قبل التسليم
٦١٤	إعذار البائع المشتري لتسلم المبيع
٦١٤	هلاك المبيع في يد البائع وهو حابس له
٦١٥	٢ § — تبعة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم :
٦١٦	الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشتري ...
٦١٧	الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائي ...
٦١٨	الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بعد إعذار المشتري أو بعد حصر البائع

صفحة	
٦١٨	المبحث الثالث - ضمان التعرض والاستحقاق
٦١٨	خصوصية ضمان التعرض والاستحقاق
٦٢٢	شمول ضمان التعرض والاستحقاق
٦٢٣	المطلب الأول - التعرض الصادر من البائع
٦٢٣	١) متى يقوم ضمان التعرض الصادر من البائع :
٦٢٦	١ - أعمال التعرض الصادر من البائع :
٦٣٠	تملك البائع المبيع بالتقادم
٦٣٢	٢ - المدين في الالتزام بضممان التعرض الصادر من البائع - عدم قابلية الالتزام للانقسام
٦٣٤	٣ - الدائن في الالتزام بضممان التعرض الصادر من البائع
٦٣٥	٤ - البيع الذي ينشئ الضمان
٦٣٦	ب) ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع
٦٣٨	ج) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع
٦٤٠	المطلب الثاني - التعرض الصادر من الغير
٦٤٠	١) متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير :
٦٤٠	١) أعمال التعرض الصادر من الغير - شروط ثلاثة :
٦٤١	أولاً - أن يقع التعرض فعلاً
٦٤٤	ثانياً - أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على المبيع
	ثالثاً - أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على المبيع
٦٤٨	أو يكون تالياً له ولكنه يستمد من البائع
	ب) المدين في الالتزام بضممان التعرض الصادر من الغير - عدم
٦٥٢	قابلية الالتزام وقابليته للانقسام
٦٥٥	ج) الدائن في الالتزام بضممان التعرض الصادر من الغير
٦٥٨	د) البيع الذي ينشئ الضمان
٦٥٩	٢) متى يترتب على قيام التعرض الصادر من الغير :
٦٦٠	١) التنفيذ العملي (ضمان التعرض بطريق التدخل) :
٦٦٤	تدخل البائع في دعوى الاستحقاق
	عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من إخطار
٦٦٨	المشتري بإياه
	عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق من غير إخطار
٦٧١	المشتري بإياه
٦٧٢	ب) التنفيذ بطريق التبرؤض (ضمان الاستحقاق) :
٦٧٣	الاستحقاق الكلي

صفحة

٦٨٥ الاستحقاق الجزئى
٦٩٠ رد البائع ما أداه المشتري للمعرض
٦٩٤	§ ٣ — الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير :
٦٩٧ الاتفاق على زيادة ضمان
٦٩٩ الاتفاق على إنقاص الضمان :
٧٠١ خصوصية في حقوق الاتفاق
٧٠٦ الاتفاق على إسقاط الضمان
٧١٠	المبحث الرابع — ضمان الميوب الخفية وفوات الوصف ..
٧١٠ خصوصية ضمان الميوب الخفية
٧١٢ شمول ضمان الميوب الخفية
٧١٤	§ ١ — متى يقوم ضمان الميوب الخفية :
٧١٤ (أ) الميوب الموجبة للضمان :
٧١٧ ١ - يجب أن يكون الميب مؤثراً
٧٢٢ ٢ - يجب أن يكون الميب قديماً
٧٢٣ ٣ - يجب أن يكون الميب خفياً
٧٢٧ ٤ - يجب أن يكون الميب غير معطوف للمشتري
٧٢٩ (ب) المدين في ضمان الميوب الخفية - قابلية الضمان للانقسام ...
٧٣٠ (ج) الدائن في ضمان الميوب الخفية - قابلية الضمان للانقسام ...
٧٣١ (د) البيع الذى ينشئ ضمان الميوب الخفية
٧٣٣	§ ٢ — ما يترتب على قيام ضمان الميوب الخفية :
٧٣٣ دعوى الضمان وما يسبقها من إخطار
٧٣٤ إخطار البائع بالميب
٧٣٨ دعوى ضمان الميوب الخفية
٧٤٣ هلاك المبيع الميب
٧٤٥ بعض ظروف غير الهلاك تطرأ على المبيع الميب
٧٥٠ تقادم دعوى ضمان الميب الخفى
٧٥٣	§ ٣ — الاتفاق على تعديل أحكام ضمان الميب الخفى :
٧٥٥ تعديل أحكام ضمان الميب الخفى باتفاق خاص
٧٥٨ ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل
٧٦١	§ ٤ — تمييز ضمان الميوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية :
٧٦٢ التمييز بين ضمان الميوب الخفية والغلط
٧٦٥ التمييز بين ضمان الميوب الخفية والتدليس
٧٦٦ التمييز بين ضمان الميوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ

صفحة

٧٦٨	تمتيز بين ضمان الميوب الخفية والعجز في مقدار المبيع ...
٧٦٨	تمتيز بين ضمان الميوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئي
٧٦٩	الفرع الثاني - التزامات المشتري
٧٧٠	المبحث الأول - إرفاء بالثمن
٧٧٠	المطلب الأول - التزام الوفاء بالثمن
٧٧٠	§ ١ - على أي شيء يقع التزام الوفاء بالثمن :
٧٧٠	دفع الثمن - إحالة
٧٧٢	دفع الفوائد
	تمكك المشتري لشراء المبيع ونمائه من وقت تمام البيع وتحمل
٧٧٤	نفقاته من هذا الوقت
٧٧٧	متى تستحق الفوائد القانونية على الثمن
٧٨٢	§ ٢ - الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالثمن :
٧٨٢	١ (الزمان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن
٧٨٥	متى يكون الثمن مستحق الدفع
٧٨٨	حبس المشتري لثمن
٧٩٥	ب) المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن :
٧٩٧	الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع
٧٩٨	الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع ...
٧٩٩	المطلب الثاني - جزاء الاخلال بالتزام الوفاء بالثمن
٨٠١	§ ١ - حبس المبيع :
٨٠٤	متى يثبت لحبائض حبس المبيع
٨٠٧	ما الذي يترتب على ثبوت حق حبس المبيع للبائع
٨٠٩	كيف ينقضي حق البائع في حبس المبيع
٨١٣	§ ٢ - فسخ البيع :
٨١٤	١ (الفسخ القضائي :
٨١٥	متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن
٨٢١	كيف يكون فسخ البيع
٨٢٦	الآثار التي تترتب على فسخ البيع
٨٢٩	ب) الفسخ الاتفاق :
٨٣١	الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً
	الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه
٨٣٢	أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

صفحة

الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إقرار ، أو مفسوخاً من تلقاء نفسه	٨٢٤
دون حاجة إلى إقرار	٨٢٦
حكم خاص ببيع المنقول	٨٤٠
الآثار التي تترتب على الفسخ للاتفاق - إحالة	٨٤٠
المبحث الثاني - تحمل مصروفات البيع	٨٤٢
المشتري قام بمصروفات البيع	٨٤٤
البائع قام بمصروفات البيع أو بعضها	٨٤٥
المبحث الثالث - تسليم المبيع	٨٤٧
كيف يكون تسليم المشتري للمبيع	٨٤٨
زمان تسليم المبيع ومكانه	٨٤٩
نفقات تسليم المشتري للمبيع	٨٥١
الجزاء على إخلال المشتري بالتزام تسليم المبيع	



الباب الثاني

عقد المفاضلة

تميز عقد المفاضلة عن عقد البيع	٨٥٦
تطبيق أحكام البيع على المفاضلة بالقدر الذي تسمح به طبيعتها	٨٥٨
§ ١ - الموافقات بين المفاضلة والبيع :	٨٥٩
أركان المفاضلة	٨٥٩
الآثار التي تترتب على المفاضلة	٨٦١
✓ § ٢ - المفارقات بين المفاضلة والبيع :	٨٦٤
مبدأ عام	٨٦٤
تصنيفات لهذا المبدأ العام	٨٦٤

